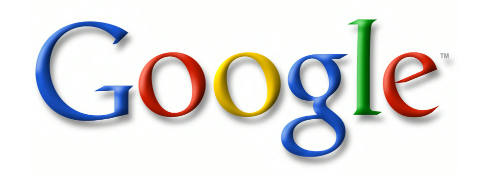
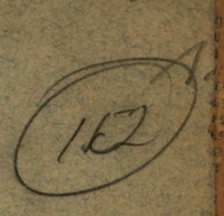






Haftung
der
offenen Handelsgesellschaft
für
Delikte der Mitglieder

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der

Universität Zürich

vorgelegt

von

JOST GRÜTER
von Weggis, Kt. Luzern

LUZERN
Meyer'sche Buchdruckerei (H. Keller)
1880

Haftung
der
offenen Handelsgesellschaft
für
Delikte der Mitglieder

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der

Universität Zürich

vorgelegt

von

JOST GRÜTER

von Weggis, Kt. Luzern

LUZERN

Meyer'sche Buchdruckerei (H. Keller)

1880

SEINEM LIEBEN VATER

IN DANKBARKEIT UND LIEBE GEWIDMET

VOM VERFASSER

Einleitung.

Wenn gewisse Zeiten eine auffallende Vorliebe für Dinge der äussern Sinneswelt an den Tag legen, so sagen wir: Diese Dinge sind jetzt Mode. Dasselbe begegnet auch Erscheinungen der Geisteswelt, namentlich solchen, die dem Gebiete der Literatur, der schönen Künste und Wissenschaften angehören. Man könnte ferner versucht sein, auch auf dem Gebiete der heutigen Jurisprudenz Materien zu nennen, deren Bearbeitung Mode sei, und dabei vorzüglich an Themen denken, die demselben Gebiete entnommen sind, wie das vorliegende, nämlich der Frage nach der Haftung für fremde Schuld. Und warum sollte der Ausdruck nicht bis auf einen gewissen Grad berechtigt sein; sollte er z. B. nicht passen, wenn Unberufene die Bearbeitung derartiger Fragen unternehmen — wie es ja ein Kennzeichen der Mode ist, dass sie auch da herrscht, wo es am Verständniss oder an den Mitteln, die sie voraussetzt, fehlt. Allein der wirkliche Grund, warum heutzutage mehr denn je über Verantwortlichkeit gedacht und geschrieben wird, ist damit noch nicht gegeben. Er liegt tiefer und gibt lebhaft Zeugniss davon, wie sehr die Rechtswissenschaft bemüht ist, dem Leben zu dienen.

Wenn wir das heutige Verkehrsleben betrachten, so wird uns klar, dass in demselben ein lebhafter Assoziationsgeist herrscht. Der einzelne Mann mit seiner Selbständigkeit verschwindet immer mehr und mehr; an seine Stelle oder richtiger an die Vieler tritt eine Gesellschaft, um dieselben Aufgaben zu erfüllen wie früher der Einzelne — dieselben zwar dem Gedanken, nicht aber der Kraft und dem Erfolge nach. Und was ist es, das dem Einzelnen sein Alleinstehen unmöglich macht und ihn zwingt, gleichstehende Gefährten

aufzusuchen? Es sind die erhöhten Anforderungen, welche die Neuzeit an die ideelle und materielle Kraft der Geschäftstreibenden stellt. Dieser Gedanke der Vereinigung der Kräfte verwirklicht sich in verschiedenen Formen — je nach dem speziellen Bedürfnisse, das zu befriedigen ist. Die Aktiengesellschaft z. B. ist die «Zauberformel, mit der man die *unermesslichen* Kapitalien von Nah und Fern, von Gross und Klein zusammenbringt»[1], und damit Riesenbauten herstellt, wie auch wir bald eine vor uns sehen werden. Die Kommandite bewaffnet den Unternehmungsgeist und die Arbeitskraft eines Einzelnen mit den erforderlichen Kapitalien; die Kollektivgesellschaft endlich beruht auf dem Gedanken einer gleichmässigen Vereinigung der geistigen und pekuniären Mittel, wobei im einzelnen Falle die eine oder andere Seite vorwiegen kann. — In diesem Sinne hat der römische Jurist Recht, wenn er sagt: «Societas personae vice fungitur» l. 22 D (46, 1); die Gesellschaft ist eine Persönlichkeit im wirthschaftlichen Sinne, und zwar eine solche, die über so viele intellektuelle und materielle Mittel verfügt, wie mehrere Menschen zusammen.

In jedem Geschäftsbetriebe nun kommen unerlaubte Handlungen vor; ist nur *ein* Inhaber vorhanden, der eine solche selbst begangen, so ist kein Zweifel, dass seine sämmtlichen Mittel für die Folgen einzustehen haben; denken wir uns aber an dessen Stelle eine Gesellschaft, so legt sich der Gedanke nahe, sie hafte ebenfalls mit ihren Mitteln für ein Delikt, das durch den animus des Handelnden und eine gewisse objektive Beziehung auf dem Boden des Geschäftsbetriebes steht. Allein dieser Satz, auch nur annähernd durchgeführt, wäre die schreiendste Ungerechtigkeit; denn «non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri» l. 74 D. reg. j. Wohl aber muss er sich Ausnahmen gefallen lassen — schon mit Rücksicht auf die verletzten Dritten. Diese leiden Schaden durch den

[1]) Fick, Üb. Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften in Goldschmid's Zeitschr. V, S. 2.

Funktionär der Gesellschaft, mit dem sie vielleicht nie in Berührung gekommen wären, wenn er dies nicht wäre, oder dem die von der Gesellschaft eingeräumten Mittel, die ihm angewiesene Stellung nicht bloss die Gelegenheit, sondern überhaupt die Macht verschaffen, diese Dritten zu verletzen. Soll die Gefahr, der sich das Publikum auf diese Weise aussetzt, nicht wieder vermindert werden dadurch, dass diejenigen Mittel, die das Delikt ermöglichen, herangezogen werden, um den Schaden gut zu machen? Diesen Konflikt zwischen der Logik, die eine Haftung für fremde culpa stets verneinen muss, und der Billigkeit des Lebens, die sie bisweilen fordert, zu lösen, ist Aufgabe der Rechtswissenschaft, und das treibende Motiv der grossen Aufmerksamkeit, die in neuerer Zeit Fragen aus der Lehre von der Haftung für fremde culpa gewidmet wird, — nicht nur von Seite der Wissenschaft, sondern mehr noch von Seite der Gesetzgebung. Nicht zwar als ob die Haftung der Gesellschaften in erster Linie betont würde, nein, die Fragen werden vorzüglich für das Verhältniss des Prinzipals und seines Personals ventilirt. Wie sehr aber die beiden Verhältnisse in einzelnen Beziehungen von denselben rechtlichen Gesichtspunkten beherrscht werden, zeigt auch die folgende Ausführung.

Eine besondere Betrachtung der offenen Handelsgesellschaft empfiehlt sich deshalb, weil bezüglich ihrer nicht nur allgemeine Gesichtspunkte massgebend sind, sondern weil ihr spezifischer Charakter in dieser Frage wesentlich eingreift.

Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft unter den verschiedenen Betriebsformen ist eine bedeutende; sie kann errichtet werden und wird errichtet für alle möglichen Arten von Geschäften: Fabriken, Handwerke, Gewerbe (insbesondere auch Transportgewerbe). Praktisch wichtig sind namentlich auch die vielen Klein-Handelsgesellschaften, die meistens offene Gesellschaften sind[2]).

---

[2]) Thöl, Handelsrecht I. S. 381.

Die einzelnen Gesellschafter können beim Geschäftsbetriebe in verschiedener Weise fungiren. Die einen (oder alle) sind «geschäftsführende» (im Sinne des D. H. G. B.), d. h. sie haben das Recht unbeschränkter Thätigkeit zum Zweck des Betriebs (des juristischen und faktischen) des Handelsgewerbes [3]). — Andere aber haben nicht die Geschäftsführung, sondern besorgen faktische Dienste, z. B. die Korrespondenz, Buchführung, Ladengeschäft, Expedition, zu denen sonst ausserhalb der Gesellschaft stehende Angestellte zugezogen werden müssten.

Es ist für eine Forderung von grossem praktischen Interesse, wenn sie Gesellschaftsforderung ist. Für eine solche haftet nicht bloss das eigentliche, abgesonderte Gesellschaftsvermögen, sondern auch das Privatvermögen jedes einzelnen Gesellschafters, so dass sie erst unbefriedigt ist nach dem Konkurs *aller* Gesellschafter. Des weitern haftet jeder neu eintretende Gesellschafter wie die bisherigen aus den Gesellschaftsschulden.

Im Folgenden werden wir es zu thun haben nur mit den Delikten, die gegen Dritte gehen, also nicht mit den Rechtswidrigkeiten des Gesellschafters gegen die Gesellschaft (z. B. Missbrauch der Stellvertretungsbefugniss), und nicht mit den Fällen, wo die Gesellschaft aus besondern gesetzlichen Bestimmungen haftet, wie etwa nach dem schweiz. Gesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken (Art. 5) oder andern modernen sog. Haftpflichtgesetzen.

Grundlage der Ausführung ist das deutsche Handelsgesetzbuch, wozu die Bestimmungen des Entwurfs eines schweiz. Obligationen- und Handelsrechts vom 27. November 1879 in Vergleichung gesetzt werden. — Das System derselben ist der übliche Eintheilungsgrund der Obligationen in solche aus Vertrag, Delikt, und in solche aus vertrags- oder deliktähnlichen Verhältnissen.

---

[3]) Thöl, a. a. O. S. 308.

I. KAPITEL.

Allgemeine Grundsätze.

§ 1.

Offene Handelsgesellschaft ist der Verein einer bestimmten Zahl von Personen, die ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, und die alle für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen und solidarisch haften.

Sie ist nicht eine juristische Person[1]), sondern eine Art der societas, speziell eine societas quæstuaria, Erwerbsgesellschaft, eine Art der röm. societas lucri, quæstus compendii[2]). — Sie verdankt ihren Ursprung nicht dem römischen Recht, und stimmt auch nicht mehr in allen Punkten mit der römischen societas überein. Denn einmal ist es nicht Folge des römischen Sozietätsvertrages, dass aus den Rechtsgeschäften, die ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschliesst, auch die übrigen Gesellschafter unmittelbar, d. h. ohne dazwischen tretendes Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet werden. Bei der offenen Handelsgesellschaft wird dies erreicht dadurch, dass sich mit dem Gesellschaftsvertrage ein neues Rechtsverhältniss verbindet, die *Vertretungsbefugniss*, die im Zweifel kraft stillschweigender Einräumung jedem Mitgliede zusteht (H.-Gb. art. 102—104).

Im röm. Recht hatte sodann die Sozietät nichts mit dem Prinzip der *Correalität* zu thun. Eine Ausnahme machten nur die Bankvereine (socii argentarii), bei denen aus jedem für das gemeinschaftliche Etablissement geschlossenen Kontrakte, gleichviel ob alle zusammenwirkten, oder einer als Repräsentant kontrahirte, Solidarhaft eintrat. Sonst aber wurden die Theilnehmer eines gemeinsamen Etablissements,

---

1) Siehe dageg. bes. Stobbe, deutsches Privatr. I, S. 324, 325.

2) Thöl, a. a. O. S. 295, 296.

wenn sie *gemeinschaftlich* demselben vorstanden, nicht solidarisch, sondern nur pro parte verantwortlich (l 4 pr. D (14,1): neque enim invicem sui magistri videntur. Und wäre es selbst möglich gewesen, dass die *sämmtlichen* socii direkt entweder mündlich durch einen gemeinschaftlichen nuncius oder schriftlich durch einen gemeinschaftlichen scriba (ungefähr wie es jetzt durch den Prokuristen einer offenen Handelsgesellschaft geschieht) einen Kontrakt abgeschlossen hätten, so hätten die Römer auch dann nicht Solidarhaft angenommen l 11 § 2 D (45,2)[3]). — Erst im Mittelalter hat sich der Grundsatz ausgebildet, dass Kaufleute, die eine Sozietät haben, in dubio comei seien, und zwar dann, wenn sie Dritten gegenüber ihre Societät erklären.

Diese beiden Grundsätze der gegenseitigen Stellvertretung der Gesellschafter und der Correalität sind die Grundlagen unserer Betrachtung. Zunächst ist zu untersuchen, was für eine Bedeutung das Prinzip der Stellvertretung für unsere Frage habe.

II. Kapitel.

Die Stellvertretung und ihre Bedeutung für unsere Frage.

§ 2.

Es dürfte hier am Platze sein, sich etwas näher mit dem Begriff der Stellvertretung bekannt zu machen. In der ganzen Lehre hievon sind aber nur wenige feste Punkte; alles andere ist kontrovers.

---

[3]) *Fick,* a. a. O. S. 26, N. 19. — Die Funktionen der heutigen Kollektivgesellschaft konnte aber ein anderes Verhältniss vertreten, wenn nämlich entweder ein *socius* die Geschäftsführung als institor übernahm oder irgend ein Dritter als institor aller socii. Materiell war so der Zweck erreicht, indem jeder Theilnehmer solidarisch haftete; allein formell ist das Verhältniss ein ganz anderes: der institor konnte nicht direkt im Namen der socii kontrahiren; er schloss die Geschäfte vielmehr auf seinen Namen, also wie der Kommissionär oder der Geschäftsführer einer stillen Gesellschaft. Fick, a. a. O. N. 20.

Vorerst dreht sich der Streit um die Möglichkeit der sog. direkten Stellvertretung. Sie wird von der grossen Mehrzahl der Juristen anerkannt, so von Savigny, Windscheid, Ihering, Laband, Brinz, Unger u. s. w, aber von einer Reihe Anderer, namentlich Thöl, Puchta, bestritten. Die Erörterung dieser Frage würde uns hier zu weit führen; wir schliessen uns der erstern Ansicht an, und zwar in dem Sinne, dass wir im Anschluss an Laband[1]) und Unger[2]) diejenige «Stellvertretung», welche einige als indirekte der direkten gegenüberstellen[3]), gar nicht als solche anerkennen und ihr daher auch diese Benennung verweigern.

Uns berührt hier hauptsächlich die Frage: hat die Vollmacht die Bedeutung, dass ein offener Handelsgesellschafter, ein Prokurist oder Vorstand der Aktiengesellschaft Stellvertreter ist für den ganzen Umfang des Kontraktsverhältnisses, oder nur für die Eingehung? Sind dieselben Stellvertreter nur so lange, bis der Vertrag perfekt, oder so lange, bis er juristisch nicht mehr existirt? Können sie daher die aus dem Vertrage sich ergebenden Befugnisse als Stellvertreter ausüben und als solche den Vertrag erfüllen, oder liegt, wenn sie das thun, wenn sie z. B. zahlen oder Zahlung empfangen, ein anderes Verhältniss vor?

Zu dieser Frage regt zunächst die Form an, in welcher die meisten Definitionen von Stellvertretung vorgetragen werden, so z. B. von Savigny (a. a. O.): «Der Vertreter *tritt auf* und *schliesst* ab in meinem Namen, wenn ich mit Hülfe eines Stellvertreters *einen Vertrag abschliessen will.*"

---

[1]) Laband, d. Stellvertretg. b. Abschluss v. Rechtsgeschäften. *Goldschm.* Zeitschr. X. S. S. 195.

[2]) Unger, östreich. Privatr. II, S. 135, N. 22.

[3]) So unterscheidet Savigny «zweierlei Arten von Stellvertretung, einmal die, wo der Vertreter in meinem Namen auftritt, unterhandelt und abschliesst, zweitens diejenige, wo der Stellvertreter in seinem eignen Namen unterhandeln und abschliessen soll, so dass, unserer Absicht nach, erst die spätern Folgen des Vertrags auf mich übergehen sollen». Oblig.-Recht II, S. 61.

Ebenso sagt Laband: «Die Stellvertretung *bei Eingehung von Verträgen* besteht darin, dass Jemand im Namen eines Andern mit der Wirkung *kontrahirt*, als hätte dieser selbst *kontrahirt*." Diese Form ist übrigens vorsichtiger und beschränkt Stellvertretung nicht unbedingt auf die Eingehung von Verträgen. Die Frage wird auch so gefasst: wie unterscheidet sich die Stellvertretung von andern, ähnlichen Verhältnissen, speziell vom Boten und Gehülfen[4])?

Ihering beantwortet sich die Frage dadurch, dass er Stellvertretung da annimmt, wo Jemand anstatt und im Namen des Prinzipals juristische Handlungen, d. s. «Handlungen, welche juristische Wirkungen hervorbringen», vornimmt und durchzuführen sucht, dass jedes Rechtsgeschäft sich aus juristischen und faktischen Elementen zusammensetze [5]). Diese Unterscheidung illustrirt er durch folgende Details: Wenn Jemand einem Andern eine Sache tradiren will und ihm dieselbe selbst in die Hand gibt, so ist dies Uebergeben nichts juristisches, weil nichts rechtlich nothwendiges; die Tradition hätte eben so gut auch in der Weise beschafft

---

[4]) Regelmässig wird versucht, diese beiden auseinander zu halten; man nennt Boten vorzüglich denjenigen, den ein Kontrahent bei Eingehung der Verbindlichkeit, Gehülfen denjenigen, welchen derselbe bei Erfüllung zuzieht. Allein dieser Unterschied ist unpraktisch, weil sich oft streiten lässt, ob eine Handlung noch zu den Entstehungsvorgängen oder zu den Erfüllungshandlungen gehöre (so z. B. bei den Realverträgen). So widersprechen sich auch die Autoren hierin; was Ihering (in Gerber und Ihering, Jahrb. I, S. 274 ff.) «Gehülfe» nennt, bezeichnet Laband in seiner Polemik gegen ihn ohne Unterschied als «Bote (a. a. O. S. 191); endlich nennt auch Goldschmidt in der zu zitirenden Abhandlung denjenigen, der eine kommodirte, deponirte Sache an den Kommodanten u. s. f. zurückbringt, «Gehülfen»; während bei Laband der Reitknecht, der das verkaufte Pferd überbringt, «Bote» ist. — Wollte man auch obige Grenze innehalten, so dürften für beide doch dieselben juristischen Gesichtspunkte massgebend sein, wie auch Ihering (a. a. O. S. 278) denjenigen, der eine Willenserklärung übermittelt, und den Ladendiener, der eine Waare wiegt, misst, abschneidet, gleich behandelt.

[5]) Gerber und Ihering, Jahrb. I, S. 275 ff.

werden können, dass der andere Theil mit Zustimmung des Tradenten die Sache von dem Platz, wo sie bisher lag, genommen oder geholt hätte. Wäre das Uebergeben etwas juristisches, so würde ein Mensch mit gelähmten Händen nicht tradiren können. Das Juristische an der Tradition sei vielmehr lediglich die Erklärung der Zustimmung zur Apprehension des Empfängers (S. 274, 282). — Bei Eingehung eines Realkontraktes hat der Ueberbringer der Sache ebenfalls nur die Bedeutung eines Boten (S. 283). — Bei der Zahlung zahlt juristisch der, in dessen Namen sie geleistet wird, die Mittelsperson ist stets nur Bote (286). — Bezüglich des Holens ist zu unterscheiden: wenn der B für den A eine Sache holt, an der Letzterer bereits den Besitz hatte, so ist dies ebenso wenig eine juristische Handlung, als wenn der A selbst sich dieser Mühe unterzieht; es ist blosse Ortsveränderung der Sache. Ist dagegen mit dem Holen der Besitzerwerb verbunden, so ist auch der äussere Akt, durch den derselbe vermittelt wird, die Apprehension, eine juristische Handlung, da sie die juristische Wirkung des Besitzerwerbes zur Folge hat (287). — Unbeantwortet lässt Ihering die Frage, ob das Ausüben einer Servitut eine juristische oder bloss faktische Handlung, also Stellvertretung oder nicht Stellvertretung sei; ob — da die Spezifikation und Okkupation juristische, weil Eigenthum begründende Handlungen sind — die Dienstleistung des Arbeiters in der Fabrik, der für den Fabrikanten spezifizirt, die des Fischer-, Jägergehülfen eine juristische Handlung sei, d. h. ob *er* für den Herrn spezifizire, Stellvertreter sei, oder ob der *Herr* durch ihn spezifizire, er also Gehülfe sei. — Ihering scheint es in diesen Fällen darauf anzukommen, ob die Mittelsperson *allein* die Spezifikation etc. vornehme — dann Stellvertretung! — oder ob sie bloss bei einer Spezifikation des Prinzipals helfe.

Daraus ergibt sich, dass Ihering Stellvertretung auch da annimmt, wo es sich nicht um *Eingehung* eines Vertrages handelt; allein wenn wir genauer zusehen, sind es meistens Fälle des

*Besitz*übergangs, und insoweit könnte vielleicht von Stellvertretung gesprochen und damit eine Ausnahme gemacht werden.

Gegen diese Unterscheidung wendet aber Laband (a. a. O. S. 191) ein: «an sich faktische Elemente können unter gewissen Voraussetzungen eine juristische Bedeutung erlangen, juristische Elemente eines Rechtsgeschäfts werden, und umgekehrt Handlungen, welche regelmässig einen juristischen Karakter haben, unter Umständen auf eine rein faktische Bedeutung reduzirt werden.» — In positiver Weise fasst Laband das Verhältniss von Stellvertreter zu Bote, resp. Gehülfe folgendermassen: «Der Bote überbringt oder spricht den Willen des Auftraggebers aus, *und zwar als Willen des Auftraggebers*, der Stellvertreter dagegen erklärt seinen eigenen Willen. Der Bote ist daher nicht ein produktiver Faktor bei der Entstehung des Rechtsgeschäftes: denn sein eigener Wille kommt dabei nicht zur Entfaltung und Aeusserung, sondern er dient nur einem andern Willen als ««begrifflich willenloses Werkzeug»». Der Stellvertreter dagegen kann zwar materiell ebenfalls durch den Willen des Vertretenen völlig gebunden sein, allein formell juristisch ist *er* es, welcher will. Die Erklärung, welche er abgibt, ist die Aeusserung des in seiner Seele lebendigen Willens, seine Thätigkeit beim Abschluss des Rechtsgeschäfts ist daher eine wirklich konstitutive. Dies ist auch der Fall, wenn der Inhalt des Willens dem Stellvertreter vorgezeichnet ist. Es kommt eben für den Begriff des Stellvertreters nicht auf die materielle, sondern auf die ideelle Identität des Willens an, nicht darauf, dass der Stellvertreter in der objektiven Richtung seines Willens durch den Willen des Vertretenen wirklich bestimmt wird, sondern dass die Willenserklärung des Vertreters dieselben rechtlichen Wirkungen hervorbringt, als wäre sie die Willenserklärung des Vertretenen.» Diese scharfen Worte sind uns ein Argument gegen eine Zulassung der Stellvertretung über den Vertragsabschluss hinaus. Wenn es dem Stellvertreter wesentlich ist, dass er seinen eigenen Willen erkläre, und er also eine

freie Willensthätigkeit voraussetzt, so kann es eine Stellvertretung in der Ausübung der Vertragsrechte, in der Erfüllung der Vertragspflichten nicht geben, weil hier kein Spielraum für freien produktiven Willen ist; der Wille ist gebunden durch den Vertrag; Ausübungs- und Erfüllungsmodus sind genau bestimmt.

So kommen wir dazu, den Begriff der eigentlichen Stellvertretung auf den Fall der Eingehung von Rechtsgeschäften zu beschränken, trotz entgegenstehender Meinungen hervorragender Juristen[6]), und uns auf die Seite Goldschmidt's zu stellen, der vom Stellvertreter im Gegensatz zum römischen institor sagt: »Nach *heutigem Recht* entsteht die Obligation *sofort* in der Person des Prinzipals. Sie ist nicht mehr eine Obligation des Vertreters, welche dieser durch seine Handlungen oder Unterlassungen erweitern könnte, und welche in diesem modifizirten Umfange vom Prinzipal übernommen werden müsste. Für die Ausübung der vertragsmässigen Rechte oder die Erfüllung der vertragsmässigen Verbindlichkeiten ist der Stellvertreter nicht mehr als solcher, sondern, wenn überhaupt, nur als gewöhnlicher Gehülfe des Prinzipals thätig.»

Es ist aber darauf aufmerksam zu machen, dass Stellvertretung nicht bloss bei solchen Verträgen möglich ist, welche Obligationen begründen, sondern auch bei denjenigen, welche bestehende aufheben oder modifiziren, also z. B. Kompensations-, Stundungs-, Erlassvertrag, Novation, Hingabe an Erfüllungsstatt, Ausstellung einer Quittung (wenn sie nach Lage der Umstände eine verpflichtende Anerkennung wirklich enthält[7]), Vergleich.

---

[6]) Am weitesten dürfte wohl *Brinz* gehen, der Stellvertreter nicht nur die negotiorum gestores, Mandatare, Tutoren, Kuratoren, Vorstände der juristischen Personen, sondern auch denjenigen nennt, der eines Andern Schulden schenkungsweise zahlt, der für seinen Kameraden aus Freundschaft in die Armee tritt und endlich den Taglöhner, der auf fremdem Boden arbeitet. — Krit. Blätt. II, S. 4 f.

[7]) Windsch., Pandekten, § 412 b zu N. 4.

Insbesondere ist Eigenthumsübergang durch Stellvertreter möglich, denn er setzt ja immer einen Vertrag, den Eigenthumsübertragungsvertrag voraus, dessen Form die Besitzübergabe ist.

Darüber hinaus darf nicht gegangen werden, und wo bei der Erfüllung nicht eine alle Erfordernisse an sich tragende Beredung vorkommt, ist kein Stellvertreter, sondern Gehülfe vorhanden.

In diesem Sinne sind auch Art. 49, 296 des H.G.B. zu verstehen. — Wenn Art. 114 eine Stellvertretung bei «allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen» statuirt, so sind unter letzteren wohl hauptsächlich prozessualische Handlungen gemeint. Da aber unsere Frage auf diesem weitern Gebiete der Stellvertretung wohl kaum eine Bedeutung hat, so berücksichtigen wir es nicht weiter.

In diesem Sinne stimmen wir also auch mit Goldschmidt überein, wenn er als Gehülfen denjenigen definirt, dessen sich der Schuldner, d. h. der Prinzipal in Ausübung seines Verbindlichkeit erzeugenden Rechts (z. B. Miethrecht, Niessbrauch — Grunddienstbarkeit) oder in Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, gleichviel, ob statt seiner oder neben sich, und ohne Unterschied, ob die Thätigkeit des Gehülfen lediglich faktischer (Wohnen, Wachen, Wassertragen, Bauen, Transportiren) oder zugleich rechtlicher Art (Zahlen, Eigenthum übertragen) ist oder sein soll[8]).

Dieses Resultat hat für unsere Frage zwei Konsequenzen; eine negative besteht darin, dass wir alle Verhaftung für Delikte, die aus dem Gesichtspunkt der Stellvertretung gefolgert wird, ablehnen müssen, soweit es sich nicht um Eingehung eines Vertrages handelt; insbesondere weisen wir die Behauptung Endemann's zurück, die dahin geht, dass,« obwohl die unmittelbare Wirkung der Handlungen des Stellvertreters zunächst nur für Rechtsgeschäfte ausdrücklich anerkannt

[8]) Goldschmidt, a. a. O. S. 288, 289.

worden sei, doch die moderne Idee der Repräsentation auch hier (d. h. in der Frage der Haftbarkeit aus unerlaubten Handlungen abgesehen vom Vertragsverhältnisse) Einfluss haben müsse»[9]. Zweitens aber haben wir für das Gebiet der wirklichen Stellvertretung zu fragen, ob sich dabei eine Haftung des Vertretenen für Delikte ergebe.

Wir haben mit *Laband* Stellvertretung da angenommen, wo der Stellvertreter selbst will, der Wille in seiner Person entsteht und von ihm erklärt wird. Der Stellvertreter wird bei Hervorbringung des Kontraktes selbständig produktiv thätig. Dieser Wille aber bringt derartige rechtliche Wirkungen hervor, als wäre er der Wille des Vertretenen[10]. Soweit also im Rechtsgeschäfte der menschliche Wille rechtlich relevant ist, entscheidet die Person des Vertreters und nicht die des Vertretenen; und dies gilt nicht blos von dem Willen, der sich innert der Schranken der Rechtlichkeit bewegt, sondern auch vom unerlaubten, vom dolus und culpa. Der Vertretene muss also die rechtlichen Wirkungen aller derjenigen Verschuldung des Vertreters tragen, die in die Kategorie des delictum in contrahendo fällt; und insoweit hiezu Handlungen gehören, die an sich, abgelöst von jedem Kontraktsverhältniss, unter dem Gesichtspunht des Delikts zu verantworten wären, haftet eben der Vertretene für Delikte[11] des Vertreters[12].

Schon das röm. Recht huldigte diesem Prinzip in denjenigen Fällen, wo es ausnahmsweise einen direkten Rechtserwerb des Prinzipals anerkennt. l. 12, 13 D(18,1) l. 51 pr.

---

[9]) Endemann, Hdlsr., S. 151.

[10]) Laband, a. a. S. 226.

[11]) Dass dies wirklich eine Verantwortung für *Delikte* ist, ergibt sich einmal aus materiellen Gründen, und dann findet sich dieser Sprachgebrauch schon in den Quellen. Vrgl. l 51 pr. D(21,1) . . . *delictum* ejusdem (servi), *quod in contrahendo amiserit.*

[12]) *Thöl,* Hdlsr. 1. Aufl., § 33, N 5. — *Laband,* a. a. O. S. 227. — *Endemann,* Hdlsr. § 31, S. 147. — *Brinkmann,* Hdlsr. § 120, S. 468 u. a.

D(21,1) — l. 16, § 3, 4. l. 22, § 5, vrgl. l. 17 D(40, 12) — § 4 J (3, 19) — l. 42 D(39,2) — l. 79 D(29,2)[13].

Gegen diese Ansicht könnte vielleicht Art. 52 Abs. 1 des H. G. B. ins Feld geführt wurden, indem die Worte »gemäss der Prokura oder der Vollmacht« auf den ersten Blick glauben machen könnten, das Geschäft, das den Prinzipal binden solle, müsse nach dem präsumtiven Willen, eventuell Auftrage desselben abgeschlossen sein. Wäre die Ansicht richtig, so gälte sie gewiss auch für den Gesellschafter. Allein der Sinn dieser Worte ist nur der, dass ein Geschäft in den Bereich der Prokura (Art. 42) oder der Vollmacht (Art. 47), fallen müsse, mag auch die Art seiner Eingehung, insbesondere ein dabei begangenes Delikt des Bevollmächtigten dem Auftrage nicht gemäss sein[14]).

Das Prinzip der Stellvertretung lässt sich also nicht in bedeutendem Mafse für die Lösung der Frage verwerthen, da nur ein kleiner, wenn auch juristisch wichtiger Theil der Thätigkeit des Gesellschafters in Stellvertretung geschieht.

Wir haben nun das zweite Prinzip, das der Correalität mit Bezug auf unsere Frage zu verwerthen.

III. Kapitel.

Haftung aus dem Correalverhältniss.

§ 3.

Nach dem Prinzip der Correalität ist die Verpflichtung eines Gesellschafters die jedes andern, der Vertrag des einen

---

[13]) Diese Haftung des Vollmachtgebers geht also — wie schon oben nach Goldschmidt angedeutet wurde — nicht so weit wie die des Präponenten, exercitor, pater, überhaupt des Garanten mit den sog. acts. adject. qualitatis. Diesen verpflichten alle durch dolus oder culpa des institor u. s. w. eintretenden Modifikationen des regelmässigen Inhalts der Obligation, mögen sie sich *auf Eingehung oder Erfüllung derselben beziehen.* Vrgl. z. B. l. 1 § 10 D(14,1). — l. 5 § 3 D(44,4).

[14]) R. O. H. G. Entscheid. Bd. VI. S. 408.

sofort der Vertrag des andern[1]). Mag daher ein Gesellschafter bei Eingehung oder Erfüllung des Vertrags oder in Ausübung ein Delikt begehen, so haftet *er kontraktlich* für das Verschulden, mag er nach seiner und der Mitgesellschafter Ansicht noch so sehr als Gehülfe, Bote, Prokurist u. s. f. gehandelt haben.

Zunächst ist mit Fr. v. Hahn[2]) hervorzuheben, dass wir es mit einem Fall wahrer und eigentlicher Correalität, nicht der sog. unechten, des blossen Solidarverhältnisses zu thun haben. — Wenn mehrere Vertretene correaliter verpflichtet oder berechtigt werden sollen, so sind zwei Möglichkeiten gegeben: die Correalität kann einmal beruhen auf einem dem obligirenden Vertrage beigefügten, nicht zu präsumirenden Nebenvertrage, — oder die Absicht, dass Mehrere solidarisch haften sollen, wird präsumirt.[3]) — Die Correalität in unserm Falle gehört zur erstern Gruppe; v. Hahn sagt dasselbe mit den Worten: «Dadurch, dass im Namen der Gesellschaft kontrahirt wird, wird Bezug auf den Gesellschaftsvertrag genommen, und die relevanten Bestimmungen desselben werden in die lex des einzelnen Vertrages aufgenommen, d. h. es *wird erklärt*, dass so gehaftet werden solle, wie im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist.»[4])

Wollen wir nun die Bedeutung des Satzes, dass alle Gesellschafter correi debendi sind, für die Frage der Haftung der Gesellschaft, d. h. aller Gesellschafter für Delikt des einen, das sich auf einen Vertrag bezieht, untersuchen, so gerathen

[1]) Abgesehen von unserer Frage ist dieser Satz in interessanter Weise verwerthet in einem Urtheil des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg am 7. Mai 1863. Mitgetheilt in Goldschmid:s Zeitschr. VII. Bd. S. 484 ff.

[2]) Fr. v. Hahn, Komment. I. S. 282. 283.

[3]) *Fritz.* Üb. Correalobligationen ohne Correalstipulation. — Zeitschr. f. Civilrecht und Prozess. N. F. XXII. Bd. S. 452.

[4]) *v. Hahn,* a. a. O. S. 281. — Es ist deshalb nothwendig, obige zwei Fälle aus einander zu halten, weil im letztern *Ribbentrop* u. a. annehmen, dass der eine Mitschuldner *nicht* für die vom andern ohne ihn begangene culpa einstehe, während sie bei der eigentlichen passiven Correalobligation ein

wir in eine bekannte Streitfrage. Die Einen lehren, die in der Person eines Correalschuldners ohne dessen Schuld eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung bewirke nicht, dass auch der Mitschuldner frei werde; also wenn die Unmöglichkeit durch die Schuld eines Correalschuldners eingetreten ist, so wird der schuldige Mitschuldner nicht frei; oder — kurz gesagt — die Verschuldung eines Mitschuldners bewirke nicht, dass die Obligation für den Mitschuldner, welcher an dieser Unmöglichkeit unschuldig ist, fortdauere, so *Windscheid*, *Fritz* u. a.[5])

Eine Ausnahme wird von diesen dann gemacht, wenn die Verpflichtung des schuldlosen Mitschuldners nur eine Erstreckung der Verpflichtung des schuldigen sei, wie die Verpflichtung des Bürgen, des Präponenten, exercitor u. s. w. Sie passt natürlich nicht auf unsern Fall, denn die Verpflichtung der andern als des deliquirenden Gesellschafters ist nicht eine Erstreckung der Verpflichtung desselben, sondern dieselbe, schon ursprünglich in ihnen entstehende Verpflichtung.

Die gegentheilige Ansicht, vertreten von *Ribbentrop*, *Vangerow* a. a.[6]) nimmt an, dass überall, wo eine wahre Correalobligation vorhanden sei, der unschuldige correus ebenso wie der schuldige hafte.

Begreiflicherweise ist es für uns äusserst wichtig, in dieser Frage zu einer Entscheidung zu kommen. Um so auffallender ist, dass, soweit unsere Kenntniss reicht, sich noch Niemand darüber speziell mit Bezug auf die offene Handels-

---

solches gegenseitiges Einstehen annehmen. Da nach der andern Meinung in *keinem* Falle, weder der Correal- noch der blossen Solidarobligation, der eine für den andern haftet, so könnte man ohne näheres Eingehen auf obigen Unterschied glauben, dass für unsern Fall einstimmig *Nicht*prästation der culpa angenommen würde.

[5]) *Windscheid*, Pand. II. § 295 a. E. — *Fritz*, Üb. den Musterfall der röm. Correalobligationen. Zeitschr. für Civilr. und Prozess. N. F. XIX. Bd. S. 80 ff.

[6]) *Ribbentrop*, die Correalobligat. § 5 S. 27 ff. — *Vangerow*, Pand. III. S. 68.

gesellschaft ausgesprochen hat. — Dass wir den Streit beendigen wollten, an dem sich seit der Glossatorenzeit viele der ersten Juristen betheiligt haben, davon ist keine Rede; wir suchen eine Entscheidung nur für unsern Fall zu treffen, wie denn überhaupt die Frage nicht absolut, sondern mit Rücksicht auf die verschiedenen Verhältnisse erledigt werden sollte.

Der Streit dreht sich um l 18 D duob. reis (45,2) Pomponius: «Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet.» Dieser werden gegenübergesetzt l 32 § 4 D (22,1) und l 173 § 2 D (50,17)[7], nach welchen obligationswidrige facta[8]), welche mora herbeiführen, nur den morosen Schuldner belasten, während nach l 18 cit. «facta» des einen *alle* Mitschuldner belasten. Das nächstliegende wäre, dass man die facta der l 18 auf solche beschränkt, die den Thäter nicht in mora bringen. Dafür aber spricht kein innerer Grund, dagegen Sinn und Wortlaut der Stelle. Diese Erklärung gibt nur *Ribbentrop:* Der Satz der l 18 folge aus der strengen Einheit des obligatorischen Verhältnisses, welches, wenngleich mit modifizirtem Inhalt doch als dieselbe Obligation, als dasselbe juristische Band fortbestehe, die Ausnahme für den Fall der mora bestehe deshalb, weil diese eine überwiegend subjektive Beziehung habe.[8]) — Ähnliche Versuche machten *Wirth* (Archiv für civilstr. Praxis. XXIX. Nr. 6), *Rückert* (Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess. N. F. XII. S. 19 ff.), doch ohne Erfolg[10]).

---

[7]) »Unus quis que» kann hier nicht «jeder» heissen, wie wohl noch *Ribbentrop,* Correalobl. S. 28 annimmt.

[8]) Die Römer bezeichnen in l 58 § 1 D (46,1) dasjenige, was eine mora bewirkt, als factum: cum *facto suo* reus .... obligationem perpertuat .... veluti si *moram* fecit in Sticho solvendo.

[9]) Corrrealobl. S. 32. 35.

[10]) *Fritz,* a. a. O. XIX. S. 81. 85.

Viele aber schlagen einen andern Weg ein, und zwar den, die l 18 zu beseitigen. *Fitting*[11]) nimmt an, dass es in l 18 ursprünglich geheissen habe: alterius factum alteri non nocet, dass aber die Stelle interpolirt worden sei mit Rücksicht auf l 5 C (8,40), in der Justinian bestimmt, dass die Unterbrechung der Klagenverjährung von Seite eines der correi credendi oder debendi oder in der Person eines der correi debendi immer für und gegen alle eintrete. Ähnlich *Kuntze*[12]). *Fritz*[13]) billigt die Annahme Fittings, meint überhaupt, die Stelle sage, dass es Handlungen des einen Correalschuldners gebe, die auch dem andern schaden, so z. B. wenn einer der Correalschuldner eine culpa begeht, während der andere allein oder mit jenem sich im Verzuge befinde. — *Girtanner*[14]) will die Vorschrift des l 18 auf positive facta einschränken.

Eine für uns bemerkenswerthe Beschränkung macht *Bekker*[15]), die sich schon bei einzelnen Glossatoren findet. Ihm ist vorab das Wort «factis» hinter promittendi völlig überflüssig; wo ein ähnliches «facti» oder «constituti» sich finde, habe es eine gewisse Bedeutung. Er will daher statt «factis» «sociis» lesen, indem nur 3 Buchstaben durch 3 andere in ihrer äussern Erscheinung ihnen nahe verwandte zu ersetzen seien. — Diese Konjektur will er nun mit dem vereinigen, was «wir sonst über die rechtliche Stellung der correi socii wissen», und führt er aus den Quellen mehrere Fälle an, in denen das Bestehen der Sozietät unter mehrern correi von Einfluss ist auch auf die Verhältnisse der socii Dritten gegenüber. Endlich verwerthet er die l 9 § 1 D (45,2) Papinianus; sed si quis in deponendo penes duos paciscatur ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a

[11]) Nat. d. Correalobl. S. 81. N. 96.

[12]) Obligat. § 38.

[13]) a. a. O. XIX. 82. 83.

[14]) Die Stipulation S. 265. N. 217.

[15]) *Bekker*, über correi socii, *Bekker* und *Muther*, Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts. S. 123 ff.

quibus impar suscepta est obligatio, *non idem probandum est cum duo quoque culpam promisissent si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest, quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.*»

Zwei Depositare machen sich zu Correalverpflichteten, indem jeder die Haftung auch für culpa übernimmt. Einer von Beiden schliesst später einen Vertrag mit dem Deponenten, worin dieser den betreffenden Depositar, A, aus der ausserordentlichen Haftung entlässt. Dennoch bleibt das Rechtsverhältniss Correalobligation, »quia posterior conventio etc..... mutare non potest». Dieses pactum de remissa culpa soll auch dem Depositar B zu gute kommen, «si socii sint et *communis culpa* intercessit.» Unter dieser culpa communis versteht nun Bekker eine culpa, für welche jeder der correi socii nach unserer l 18 einstehe, auch wenn sie nur von *einem* begangen sei, also die culpa *eines* socius, die deshalb culpa communis wird und heisst, weil sie von allen socii vertreten werden muss. — Zu dieser Interpretation gelangt Bekker auf folgende Weise: er sagt, die Worte «si socii sint etc.» können in verschiedener Weise verstanden werden, einmal: «nur wenn eine culpa communis, gemeinschaftliches Vergehen des A und des B gegen die Gesetze des Vertrages stattgefunden, soll das von A geschlossene pactum dem B nützen, nicht aber wenn A oder B allein sich in culpa befindet»; daraus zieht B. den Schluss, dass B wegen einer culpa des A überhaupt nicht hafte, und da dieses Resultat der l 18, auch in ihrer Beschränkung auf socii correi widerspricht, so verwirft er dasselbe und nimmt obige Auslegung an. Allein B's Erklärung der l 9 § 1 cit. kann unmöglich beigestimmt werden, indem — wie Fritz[16]) geltend macht — es sich nicht nachweisen

[16]) *Fritz,* a. a. O. XIX. S. 85.

lässt, dass der Ausdruck »communis culpa» oder ein ähnlicher je einmal in dieser ganz ungewöhnlichen Bedeutung gebraucht werde. Damit geben wir aber die l 18 nicht auf, sondern wir versuchen, sie in einfacherer Weise mit derselben in Einklang zu bringen.

B's Gedankengang ist folgender: Das von A abgeschlossene pactum de remissa culpa trage in sich die Bestimmung, auch den correus socius B zu schützen: dieser Aufgabe aber könne es nur genügen, d. h. dem B nur dann nützen, wenn eine culpa communis vorliege; denn sonst hafte ja B so wie so nicht für culpa des A, «denn — sagt er — vollständig inkonsequent wäre es, wenn B für die culpa des A aufkommen müsse, wie für eigne culpa, von dem pactum des A aber nur gedeckt würde, wenn er, B, mit A zusammen etwas versehen hätte, nicht auch dann, wenn A allein sich vergangen und B aus der culpa des A belangt würde. Schützt das pactum de remissa culpa bei reiner culpa des A nur den A, und nicht auch den B, so lässt sich dies nur daraus erklären, dass bei reiner culpa des A der B dieses Schutzes nicht bedarf, indem er überall wegen reiner culpa des andern correus dem Gläubiger nicht verhaftet ist.» — Diese Betrachtungsweise halten wir nicht für richtig und geben ihr gegenüber der l 9 § 1 folgende Auffassung: Wenn zwei zusammen einen Vertrag verletzen und beide sich in gleicher Verschuldung befinden, so steht einem jeden die Rechtswohlthat der Theilung zu[17]), was speziell für Depositare anerkannt ist in l 22 D (16,3), (und zwar für den Fall eines gemeinschaftlichen dolus). Begehen nun in unserm Falle, wo der Depositar A mit dem Deponenten ein pactum de remissa culpa schliesst, die Depositare A und B einen dolus oder culpa lata so zessirt die Klage des Deponenten gegen A; der andere Depositar aber, B, sollte auf's ganze haften; denn seine exceptio divisionis wird entkräftet durch die durchschlagende Replik des Deponenten, dass ihm gegenüber kein

[17]) *Windscheid*, Pand. II. § 298 S. 155. N. 10.

anderer Schuldner existire als er, indem ja A ihm gegenüber keine culpa begangen hat. Dagegen bleibt dem nicht paziszirenden B immerhin der Regress gegen A[18]), weil vom Standpunkt des ursprünglichen, von A und B gemeinsam abgeschlossenen Vertrages aus die Handlung des A immerhin Vertragsverletzung ist, und bezüglich des Verhältnisses der beiden correi unter sich, d. h. des Regresses, gelten dürfte, was l 9 § 1 sagt: «quia *posterior conventio*, quae in alterius persona intercessit, *statum et naturam obligationis*, quae *duos initio reos* facit, *mutare non potest.*» Da nun also A trotz des Vertrages für seine culpa indirekt einstehen müsste aus Regress des B, so muss das Recht auch B von der Haftung in *diesem* Falle befreien; ein anderes Mittel, um dieses pactum nicht hinterher wieder unnütz zu machen, gibt es nicht. So statuiren wir diesen Fall als Ausnahme und behaupten nach der Regel: exceptio firmat regulam, Haftung des correus socius für Verschulden des correus.

Damit vereinigt sich gut die Ausdrucksweise der l 9 § 1. Mit dem Worte «etiam» ist offenbar der Nachdruck auf «alteri» gelegt. Der Sinn des Endes der Stelle ist daher folgender: das pactum des A nützt nur dem A; unter gewissen Umständen nützt es aber *auch dem andern*, dem B; oder: *das pactum des A nützt regelmässig dem B nicht.* Nun wäre es eine ungenaue, bei einem römischen Juristen (Papinian) nicht zu suchende Sprechweise, wenn man sagen wollte: »ein pactum nützt mir nichts, wenn ich die Vortheile, die es mir gewähren würde, schon habe — dann kann das pactum weder nützen noch schaden; es ist gleichgültig —; richtig ist der Ausdruck: «ein pactum nützt mir nichts», nur dann, wenn es mich nicht *aus einer nachtheiligen Lage* heraushebt, aus der es mich heben könnte. Da wir berechtigt sind, in erster Linie diese richtige Sprechweise anzunehmen, so erhält die Stelle eben den Sinn: das pactum de remissa culpa nützt dem nicht paziszirenden correus socius B nichts; er haftet gleichwohl für die

---

[18]) *Windscheid*, a. a. O. § 298 S. 156.

culpa des A; nur in einem Falle (bei culpa communis) *nützt es auch ihm*, so dass die Haftung zessirt. (Warum, das haben wir oben angedeutet.)

Das Resultat ist hiemit, dass wir die l 9 § 1 in Einklang gebracht haben mit der l 18, die wir mit Bekker nur von correi socii verstehen. Das Verhältniss der l 18 und l 9 § 1 zu l 32 § 4, und l 173 cit. wäre demnach das, dass erstere eine Ausnahme von der Bestimmung der letztern enthalten. Wie sich aber diese Ausnahme, und speziell mit Rücksicht auf die Kollektivgesellschaft, rechtfertige, das soll im folgenden § gezeigt werden.

§ 4.

Fortsetzung.

Die l 18 gilt — um mit einer Bemerkung über ihren Inhalt zu beginnen — im Sinne des römischen Juristen nur oder doch zunächst für Verträge, laut welchen entweder Vermögensstücke in specie zurückgegeben oder unter Umständen in Geld ersetzt werden sollen, und für solche, die auf die Ausführung anvertrauter Geschäfte gehen, so dass es auf eine Restitution in dem einen oder andern Sinne abgesehen ist (wie z. B. beim Depositum, Commodatum, Miethe, Mandat, Pfand, precarium). Doch spricht ihre ratio dafür, dass wir sie auf das ganze Gebiet, innerhalb dessen Delikte der kontraktlichen Verfolgung zugänglich sind, ausdehnen.

Gleich an der Schwelle unserer Betrachtung begegnet uns der Einwand, es sei durchaus kein innerer Grund vorhanden, der Sozietät zwischen Correalschuldnern einen rechtlichen Einfluss auf ihre gemeinsame Schuld zu gestatten — wohl zwar einen solchen bis zur allgemeinen Gewährung der exceptio ex pacto de non petendo in rem und der Einrede aus einer kompensabeln Gegenforderung, die einem der Correalschuldner zusteht; aber eine Wirkung der culpa, wie wir sie behaupten, lasse sich nicht annehmen «ohne weitern Grund, als weil dieser andere mit dem, der eigentlich bezahlen sollte,

in einem Sozietätsverhältniss steht. Dieses würde ihm allerdings, wenn er bezahlen müsste, eine Regressklage gewähren. Aber einer Regressklage wegen für einen Andern zu haften, für den man sonst nicht verantwortlich wäre, das gehe zu weit, zumal wegen einer Regressklage, die dem Haftenden, wenn der Andere zahlungsunfähig ist, natürlich ebensowenig helfen kann, als dem bisherigen Gläubiger seine Klage gegen ihn helfen würde[1]).

Das ist für andere Verhältnisse wohl richtig; allein bei der offenen Handelsgesellschaft überwiegen andere rechtliche Momente, so dass dieser Einwand in den Hintergrund gedrängt wird.

Vorab fällt ins Gewicht, dass dasselbe Resultat sich aus einer andern juristischen Konstruktion ergibt. Würde man nämlich das Verhältniss jedes Gesellschafters zu den andern Gesellschaftern als das eines institor auffassen, so hätten wir ganz dieselbe Haftung, wie wir sie abgesehen von diesem Verhältniss behaupten. Diese Konstruktion stellt z. B. Thöl auf, lehnt aber die Haftung in diesem Umfang ab, weil «der institor, soweit er nicht kontrahire, gar nicht in seiner Sphäre als institor sei»[2]). Das Gegentheil aber nehmen mit Recht die meisten andern Juristen an[3]).

Zweitens aber ergibt ein Vergleich mit andern Formen des Geschäftsbetriebs, die dieselben Zwecke verfolgen wie die offene Handelsgesellschaft, dass die Verneinung unserer Frage eine Schädigung des Publikums involviren würde.

Zu jedem Geschäftsbetriebe muss eine Reihe abhängiger Personen zur Verrichtung von allerlei Diensten herbeigezogen werden, Prokuristen, Handelsbevollmächtigte (insbesondere Reisende), Gehülfen (Korrespondenten, Buchhalter, Ladendiener, Packer u. s. f.). Dies gilt natürlich auch vom Betriebe

[1]) Fritz, a. a. O. XIX, S. 86.

[2]) Handelsr., § 86, 2, N. 8.

[3]) Goldschmidt, a. a. O. S. 330 ff. — Windscheid, Pand., § 482, N. 15. — Puchta, Vorlesungen II, § 278, N. 2.

einer offenen Handelsgesellschaft, aber nicht in dem Masse, wie sonst; denn die Gesellschafter übernehmen meistens jeder auch einen Theil der Arbeiten; ja bei der so häufigen Kleinhandelsgesellschaft wird durch die Arbeit der Gesellschafter das Engagement von Angestellten oft ganz unnöthig, oft auf ein Minimum reduzirt.

Der Gedanke liegt nun nahe, dass die Garantien betreffs Delikten der zum Geschäftsbetrieb zugezogenen Personen bei allen Formen ungefähr dieselben seien, oder doch wenigstens beim Betriebe durch eine offene Handelsgesellschaft nicht ganz fehlen; das aber wäre der Fall, wenn nicht die l 18 gelten würde.

Erstens zeigte sich dann eine bedeutende Lücke gegenüber den Fällen, wo ein Prinzipal für Delikt des Gehülfen mit Kontraktsklage haftet. Dies ist einmal dann der Fall, wenn er unstatthafter Weise einen Gehülfen in Ausübung der Vertragsrechte, resp. Erfüllung der Vertragspflichten substituirt[4]). Davon kann bei der Kollektivgesellschaft nicht die Rede sein, da man doch nicht mit einem allein, sondern mit allen kontrahirt. Sodann aber haftet der Prinzipal überall wegen culpa in eligendo s. custodiendo. Unentschieden lassen wir die Frage, ob ein oder mehrere Gesellschafter in Bezug auf einen Mitgesellschafter sich einer culpa in eligendo s. custodiendo schuldig machen können; der Gedanke liegt nicht ganz ferne, ist aber doch nirgends im Rechte ausgesprochen; auch passt derselbe weniger für ein Gesellschaftsverhältniss, weil solches die Coordination der Gesellschafter voraussetzt, als für das Verhältniss des Prinzipals zum Gehülfen, wo allein ja von einer Wahl oder Beaufsichtigung gesprochen werden kann; wie kann der Gesichtspunkt z. B. durchgeführt werden, wenn der Gesellschafts-Vertrag zum Voraus bestimmt, dass die Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Kollegen fortbestehen soll (H.G.B., Art. 123, Z. 2)? Aber worauf es

---

[4]) Goldschmidt, a. a. O. XVI, §§ 4—8.

hier ankommt, ist das, dass auf diesem Wege *nie* eine Verhaftung der Gesellschaft möglich ist. Die Umstände können in vielen Fällen die Möglichkeit ausschliessen, dass jeder Gesellschafter den andern so kenne, dass er für ihn verantwortlich werden könnte; z. B. ein Gesellschafter ist abwesend, führt ein Zweigetablissement, ist auf Reisen; handelt es sich um Aufnahme eines neuen Gesellschafters, so vertraut er dem Rathe und Urtheile der andern, die vielleicht mit dieser Wahl in culpa gerathen, während er dadurch, dass er diesen erprobten Kollegen die Wahl überlässt, nicht in culpa ist. Endlich hätten es die Gesellschafter überhaupt in der Hand, das Gesellschaftsvermögen dieser Haftung durchaus zu entziehen; es müsste nur einer da sein, der sich dem Geschäftsbetriebe vollständig ferne hielte, so dass bei ihm nie eine culpa in custodiendo vorliegen könnte. Ein solches Manöver würde die Beschädigten dem speziellen Gesellschaftsvermögen gegenüber völlig rechtlos machen.

Man darf auch nicht etwa einige Bestimmungen des H. G. B. dazu verwerthen, eine besonders geschärfte, gegenseitige Sorgfalt in Wahl und Beaufsichtigung zu statuiren, trotzdem einige solche dazu verleiten könnten. Nach Art. 102 Abs. 2 hat nämlich jeder Gesellschafter das Recht, gegen jede Handlung des andern (mit Ausnahme des Widerrufs einer Prokura) Widerspruch zu erheben; nach Art. 105 S. 1 sodann das Recht, zu jeder Zeit in das Comptoir und alle andern Geschäftsräume zu kommen und Einsicht zu nehmen von den Handlungsbüchern, Papieren und allem Übrigen, was das Gewerbe betrifft; und endlich steht den Gesellschaftern ein Recht des Auschlusses eines Kollegen zu (Art. 125 Z. 2. 3. 4. Art. 128). Allein der Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen ist nicht die Rücksicht auf Dritte, sondern die Tendenz, die Gesellschafter unter sich zu schützen. Was Art. 102 anbetrifft, so verdankt er seine Entstehung dem Beschlusse, statt des Prinzipes der Majoritätsbeschlüsse den Grundgedanken in das Gesetz aufzunehmen, dass Beschlüsse der Gesellschaft nur mit Stimmen-

einhelligkeit gefasst zu werden vermögen[5]). Art. 105 verräth diese Tendenz namentlich durch Hervorheben der Gesellschafter, die nicht im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft thätig sind, die wirklich dieses Schutzes bedürfen; Art. 128 endlich enthält nur Fälle von Schädigung der Gesellschaft.[6])

Demnach könnte die Gesellschaft fast *nie* mit *ihren* Mitteln für Vertragsverletzungen der Gesellschafter belangt werden, auch nicht unter dem Gesichtspunkte der culpa in eligendo oder culpa in custodiendo — ausser für das kleine Gebiet des Betrugs beim Vertragsabschlusse. Diesem Resultat ist die von uns behauptete Haftung vorzuziehen; zwar ist diese eine bedeutend strengere als die eines gewöhnlichen Prinzipals; allein dafür dürften sich auch schwerwiegende Gründe finden, nämlich das viel engere Verhältniss von Gesellschaftern, das grössere Vertrauen, das sie sich einander zuwenden und zuwenden müssen, und endlich insbesondere die Leichtigkeit, mit der die Gesellschaft gegen das delinquirende Mitglied Regress nehmen kann, indem ihr ja ein Retentionsrecht an den Zinsen der Einlage und am Gewinn desselben zuzugestehen ist.

Endlich ist ein zwar mehr juristisches als recht praktisches Moment hervorzuheben. Gegen jeden, auch den nicht mit Vertretungsbefugniss ausgestatteten Gesellschafter geht in vielen Fällen (siehe §§ 5 f.) eine Kontrakts- und Deliktsklage. Die aquilische Klage nun erleidet hiebei insofern eine Modifikation, als sie nur zuständig ist, wenn derjenige Grad der culpa vorhanden ist, den die Kontraktsklage voraussetzt[7]). Bei denjenigen Kontrakten also, wo nicht schon culpa levis, sondern erst dolus oder culpa in concreto (diligentia quam suis rebus) Voraussetzung der Klage ist (besonders depositum, societas), findet eine Beschränkung der

[5]) Protokolle der Nürnb. Konferenz S. 204.

[6]) eod. S. 195. 1008. 989—991.

[7]) Den Nachweis siehe bes. bei *Pernice*, Sachbeschädigungen S. 78—93. A. M. bes. *Hasse*, die culpa, S. 172. — *Vangerow*, Pand. III. 612 ff.

Zulässigkeit der Deliktsklage statt, zu Gunsten des delinquirenden Gesellschafters. Es ist daher nur billig, dass das Publikum in anderer Weise für diesen Nachtheil einen Vortheil habe, da beide aus derselben Quelle entspringen.

Es bleibt uns übrig, die *Stellung des Gesetzgebers* zu unserer Frage zu prüfen. Die Berathungen der Nürnberger Konferenz geben uns ein ganz klares Bild derselben nicht. — Art. 115 des preussischen Entwurfes lautete: «Die Gesellschaft haftet für den Schaden, welchen ein Gesellschafter in Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten zufügt.» Eine analoge Bestimmung war in Art. 42 für den Faktor enthalten. Wie wir unten (§ 11) zeigen werden, ist dieser Artikel nur von der Ausführung von Rechtsgeschäften, resp. Verträgen zu verstehen[8]), begreift also den Schaden nicht in sich, den ein Gesellschafter in Verrichtung von Diensten im Interesse der Gesellschaft, abgesehen von Kontraktsverhältnissen verrichtet. Art. 115 nimmt somit genau so weit als wir im Bisherigen gethan, eine Haftung für Delikte an, und wir müssen uns demnach wundern, dass er gestrichen wurde; es geschah dies in einem Zuge mit dem Art. 42 in dritter Lesung; allein wenn wir unten (§ 11) behaupten, dass Art. 42 gestrichen wurde, weil man seinen Gedanken nicht codifiziren wollte, so dürfen wir dies bezüglich des Art. 115 nicht oder doch nur mit einer Unterscheidung. Die ganze Verhandlung zeigt deutlich, dass man sich der besondern Verhältnisse der offenen Handelsgesellschaft nicht recht bewusst war, und nur einmal wird vorübergehend gesagt: die in Art. 42 und 115 behandelten Verhältnisse seien nicht durchweg gleich[9]); man hat daher den

[8]) Für Art. 118 zeigt sich dies insbesondere darin, dass ein Antrag gestellt wurde, den Art. wie folgt zu fassen: «Die Gesellschaft haftet für den Schaden, welchen ein *zur Geschäftsführung berechtigter Gesellschafter* in Ausführung etc. zufügt.» Dem gegenüber wurde gesagt, es verstehe sich von selbst, dass die Gesellschaft nur zum Ersatze desjenigen Schadens verbunden sei, welcher von einem Gesellschafter herrühre, der derselben gegenüber als zur Geschäftsführung berechtigt erscheint.

[9]) Protokoll S. 214.

Artikel nicht etwa deshalb gestrichen, um damit die Bestimmung der l 18 und l 9 § 1 cit. aufzuheben und das entgegengesetzte Prinzip einzuführen — aus dem einfachen Grunde, weil man den Art. 115 nicht auf den Grund besagter Quellenzeugnisse stützte. Man wollte vielmehr die Haftung aus einem neuen, dem gemeinen Recht fremden Gesichtspunkte, der sich etwa mit dem im englisch-amerikanischen Recht geltenden Spruche[10]: respondeat superior oder: qui facit per alium, facit per se bezeichnen lässt, einführen. Und indem man bei näherm Überdenken die Unbegründetheit der Verhaftung von *diesem* Standpunkte aus erkannt und sie daher beseitigt hat, so hat man damit die richtige Grundlage für die Haftung, wie sie das gemeine Recht gibt, nicht zerstört. Wir halten daher auch angesichts des gestrichenen Art. 115 des preussischen Entwurfs unsere Ausführung aufrecht.

Was sodann den *Entwurf eines schweiz. Obligationen- und Handelsrechts* von 1879 betrifft, so ist vorab zu bemerken, dass er sich bezüglich der Kollektivgesellschaft im Allgemeiuen an die Bestimmungen des d. H. G. B. über die offene Handelsgesellschaft angeschlossen hat[11]. — Er enthält in unserer Materie so wenig als dieses eine ausdrückliche Bestimmung speziell für die offene Handelsgesellschaft, wohl aber für denjenigen überhaupt, der sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten dritter Personen bedient. Art. 123 im Kapitel «Folgen der Nichterfüllung der Obligationen» lautet: «*Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden* der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, *seiner Angestellten und Arbeiter.*» Der Worlaut des Artikels passt freilich gar nicht für seine Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft, doch muss sich seine ratio auch darauf erstrecken; es darf dies als still-

[10]) *v. Bar,* zur Lehre von der culpa und dem Kausalzusammenhang im Straf- und Civilrecht. In Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentl. Recht. IV. 1877. S. 70.

[11]) Botschaft des Bundesrathes vom 27. November 1879, S. 44.

schweigender Wille des Gesetzgebers angenommen werden. Dafür spricht auch, dass im Art. 96 des Entwurfes von 1875 gegenüber Gesellschaften und juristischen Personen, wenn sie irgend ein Gewerbe betreiben, das französische Prinzip des Art. 1384 auch für die Delikte abgesehen vom Kontrakt eingeführt werden wollte; dadurch hatte Art. 142, der von der Erfüllung bestehender Obligationen handelte, seine naturgemässe Geltung auch für Gesellschaften erhalten; den Art. 142 aber vertritt jetzt (in materieller Beziehung) der Art. 123.[12])

Die von uns aus dem Correalverhältniss deduzirte Haftung dagegen kann nach dem Entwurf nicht mehr gut angenommen werden; denn Art. 184, Abs. 1, sagt: «Ein Solidarschuldner kann nicht durch seine persönliche Handlung die Lage der andern erschweren.» — Durch Aufstellung des Art. 123 einerseits und Ausschluss der Haftung aus Correalität andrerseits ist eine Konsequenz der letztern abgeschnitten, die nach der Natur der Sache beseitigt werden muss. Nach dem Gesichtspunkte der Correalität ist es nämlich gleichgültig, *welcher* Gesellschafter ein Delikt begangen habe, ob ein geschäftsführender, ein geschäftsthätiger oder einer, der nur mit seiner Einlage betheiligt ist, sich aber sonst ferne hält. Setzen wir den Fall, dass einer von der letztern Art in das Gesellschaftsetablissement kommt und irgend eine mit Kontraktsklage zu belangende Beschädigung begeht, so haftet die Gesellschaft, weil derselbe trotz seiner Passivität correus ist. Ist es auch nicht gewöhnlich, dass nicht-geschäftsführende oder nicht-geschäftsthätige Gesellschafter da sind, so kann es doch vorkommen, indem z. B. ein alter Gesellschafter sich zurückzieht, ohne auszutreten u. s. w. — Die Haftung in diesem Falle ist

---

[12]) Dagegen darf nicht etwa Art. 574 Abs. 3 in diesem Sinne verwerthet und gesagt werden: wenn der einzelne Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden haftet wie ein (einfacher) Bürge (s. Botschaft des Bundesrathes § 12 Nr. 2 S. 45), so hafte er wie dieser für alle Modifikationen der Hauptschuld. Nur vergleichsweise kann der Gesellschafter mit einem Bürgen zusammengestellt werden; in Wirklichkeit ist derselbe nie und nimmer Bürge.



nunmehr — wohl mit Recht — durch Art. 123 des Entwurfs ausgeschlossen, da er selbstverständlich nur für geschäftsführende und geschäftsthätige Gesellschafter gilt.

Zum Schlusse ist hervorzuheben, dass die Fassung des Art. 123 eine glücklichere ist als es die der betreffenden Art. des preuss. Entw. z. H.G.B. waren. Denn er verlangt nur irgend ein Verschulden, das die Erfüllung des Vertrags unmöglich macht, und nicht Handlungen «in Ausführung der Geschäfte». Diese letztere Form wird — wie unten (§ 5) gezeigt werden soll — missbraucht zu der Behauptung, es brauche zur Haftung der Gesellschaft eine Handlung, vorgenommen in der Intention, Vertragsrechte zu üben oder Vertragspflichten zu erfüllen.

Wie weit können Delikte mit Kontraktsklage verfolgt werden?

Die Frage ist nicht absolut zu beantworten, sondern verschieden je nach der Natur der einzelnen Obligationen. Dies durchzuführen wäre aber beinahe unmöglich, und wir begnügen uns damit, die im vermögensrechtlichen Verkehr gewöhnlichsten Delikte, wie das damnum injuria datum, Betrug und Unterschlagung, in ihrem Zusammenhang mit Kontrakten zu untersuchen.

§ 5.

A. Gebiet der actio legis Aquiliae.

Die gewöhnliche Formel, in welche sich die Antwort auf unsere Frage einkleidet, ist: Die Gesellschaft (resp. der Prinzipal) haftet für Beschädigungen, die in Ausführung der übernommenen Leistung, nicht für solche, die bei Gelegenheit derselben stattfinden. So *Goldschmidt*[1]), *Brinkmann*[2]) u. a. Damit ist aber wenig gewonnen und mit Recht sagt *Schlic-*

---

[1]) a. a. O. S. 294.

[2]) Handelsrecht § 120. S. 467.

mann[3]) (bei Gelegenheit der Kritik des Art. 52 des Entw. erster Lesung des H. G. B.[4]): In «Ausführung» heisst: begriffen in der Ausführung; und so enthält der Satz die Vorschrift: Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen der Institor, der in der Ausführung eines ihm aufgetragenen Geschäfts begriffen ist, einem Dritten schuldvoller Weise zufügt. Das geht weiter, als die Kommission will, die den Fall einer «bei Gelegenheit der Ausführung» verübten Beschädigung ausschliessen will, während die Worte (in der Ausführung, d. h.) begriffen in der Ausführung, oder bei Gelegenheit derselben, sprachlich ganz dasselbe besagen.

Statt nach einer andern Formel zu suchen, scheint es gerathener zu sein, einzelne leitende Gesichtspunkte anzuführen, Beispiele zu besprechen und im Allgemeinen sich an die bis jetzt in Diskussion geworfenen Punkte zu halten.

Beschädigungen, die im Zusammenhang mit Kontraktsverhältnissen vorkommen, richten sich entweder gegen das Objekt der Leistung, das immer eine Sache ist, oder gegen das mitkontrahirende Subjekt.

a) Verletzung des Objekts der Leistung.

Der einfachste Fall ist der, wo ein Kontrahent den unzweifelhaften Gegenstand der Leistung verschlechtert oder vernichtet, sei es bei Empfangnahme, beim Gebrauche oder bei der Restitution. Hieher gehören fast alle Fälle der römischen Quellen, die von Beschädigung an Sachen durch einen Gehülfen sprechen, so l 16 D (16,3) — l 27 § 8 D (9,2) — l 65 pr D (7,1) — l 10 D (13,6) — l 20 eod. — l 20 § 2 (19,4) — l 60 § 7 D (19,2) — l 91 § 5 D (45,1) — l 25 § 7 D (19,2) — l 13 § 5 eod.

[3]) Kritische Bemerkungen z. Entw. d. H. G. B. S. 40.

[4]) Dieser lautete nämlich: «Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte einem Dritten durch sein Verschulden in Ausführung eines Geschäfts zufügt, auf welche sich der Auftrag erstreckt.»

Allein hiemit sind die möglichen Beschädigungen, die zugleich Kontraktsverletzungen sind, nicht erschöpft; denn es ist nicht eine Beschädigung in ipsa re erfordert, sondern es genügt eine solche in ipso negotio. Das eigentliche Objekt des obligatorischen Vertrages bildet nicht sowohl die Sache, sondern das dare oder facere, wenn auch mit Bezug auf eine gewisse Sache [5]). Die aus dem Vertrage entspringende Diligenzpflicht braucht sich nicht auf diese allein zu beschränken, sondern bezieht sich auch auf andere Gegenstände, und zwar auf alle diejenigen, die mit dem Gegenstande der Leistung nach der Auffassung des Verkehrs eine Einheit bilden (z. B. Fenster, Maschine), sowie auf solche, von denen bei Eingehung oder Erfüllung eines Vertrages ein Gebrauch gemacht wird, wie er bei gewöhnlicher Arbeitsleistung gemacht werden darf und muss, wenn diese nicht unnöthig verzögert und erschwert werden soll. — Zwischen diesen beiden Gesichtspunkten ist freilich keine feste Grenze zu ziehen, und gewöhnlich werden sie zusammenfallen, wie auch in den bald zu besprechenden Fällen.

Zum Beweise, dass dieser Gedanke den Römern nicht ferne lag, ist zu verweisen auf l 5, § 8 D (14,3): Der Leichenbestatter, dessen Sklave beim Waschen eine Leiche geplündert hat, ist mit der a°. quasi institoria für dieses Vergehen — es kann je nach den Umständen Unterschlagung oder Diebstahl sein — des quasi institor verantwortlich. Da nach der richtigen und jetzt herrschenden Ansicht der Präponent für Delikte des institor u. s. w. nur soweit einzustehen hatte, soweit sie Vertragsverletzungen waren, so geht der Jurist auch hier von der Voraussetzung aus, dass diese Plünderung innerhalb der Sphäre der Kontraktspflichten geschehen sei. Man könnte in diesem Falle auch sagen: der Leichenwäscher hat nur die Pflicht, den Leichnam zu waschen, der Präponent haftet nur für Verletzung *dieser* Pflicht. Die Obligation, die

---

[5]) Goldschmidt, a. a. O. S. 296.

Kostbarkeiten nicht abzunehmen, kann doch nicht besonders begründet werden durch einen Vertrag, dem zu Folge eine Leiche gewaschen werden soll. — Diese strengere Anschauung ist also ausdrücklich zurückgewiesen, und der innere Grund, der die Subsumtion dieser Plünderung unter den Begriff der Vertragsverletzung ermöglicht, ist wohl der Gedanke: die Kostbarkeiten, die mit dem zu bestattenden Leichname übergeben wurden, gehören nach Absicht der Vermiether zur Leiche, sind ein Theil des Objektes, an dem der Vertrag ausgeführt werden soll.

Mit Recht nimmt daher Goldschmidt[6]) auch Vertragsverletzungen an, wenn der mit dem Einsetzen eines Fensters betraute Glaser eine Scheibe einstösst oder einen Fensterhaken ausreisst oder seinen Namen in die Scheiben einkritzt[7]). — Wer zwar letzteres thut, will damit am allerwenigsten den Vertrag «ausführen»; allein wer eine Scheibe einsetzen muss, hat eine Arbeit am Fenster zu verrichten, und demgemäss auch *diesem* und allen seinen Theilen gegenüber custodia zu prästiren.

Ebenso dürfte sich nach Obigem folgender Fall leicht behandeln lassen: Ein Maschinenfabrikant sendet einen sog. Monteur zur Aufstellung und Ingangsetzung einer von ihm gelieferten Maschine in die Fabrik des Bestellers. Der Monteur legt bei der Arbeit einen eisernen Schraubenschlüssel zwischen die Kämme eines mit *der Maschine* in Verbindung gebrachten Räderwerkes, lässt ihn dort liegen und beschädigt damit letzteres[8]). Die Vorderrichter nahmen an, «die schadenbringende

[6]) Goldschm. a. a. O. S. 296.

[7]) Dass der conductor in diesen Fällen wie überhaupt bei der conductio operis am übergebenen Gegenstande custodia zu prästiren habe, sagt deutlich die l 5 pr. D (4,9): Nauta, caupo, et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodiæ, sed nauta, ut trajiciat vectores; caupo, ut viatores manere in caupona patiatur; stabularius, ut permittat jumenta apud eum stabulari: et tamen custodtæ nomine tenentur. *Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiæ nomine ex locato tenentur.*

[8]) Mitgetheilt in Goldschm. Zeitschr. XVI, S. 623 ff.

Handlung, das Hineinlegen, bezw. Liegenlassen des Schraubenschlüssels zwischen den Radkämmen habe ganz ausserhalb der instruktionsmässigen Thätigkeit gestanden, habe mit der Ausführung seines Auftrages überall nichts zu thun gehabt, sei überdies auch nicht einmal in Bezug auf das vom Beklagten angeblich übernommene Werk, nämlich die Aufstellung und Ingangsetzung der Dampfmaschine, sondern an ganz andern Objekten begangen worden.» — Das Bundesoberhandelsgericht dagegen sagt (Urtheil v. 27. Jan. 71, Hippe c. Rokstroh): «Angenommen, dass Beklagter verpflichtet war, die gelieferte Dampfmaschine aufzustellen und in Gang zu setzen; dass der Monteur der vom Beklagten zu diesem Zweck gesendete Gehülfe des Beklagten, und dass zur Zeit des beschädigenden Ereignisses die Ingangsetzung der Maschine noch nicht vollendet war; angenommen ferner, dass Beklagter für den in Ausführung der übernommenen Arbeit von seinen Gehülfen verschuldeten Schaden schlechthin einzustehen hatte, so war die ganze Thätigkeit des Monteurs, welche sich auf die Ingangsetzung der Maschine bezog, als in dem Auftrage liegend, vom Beklagten zu vertreten, gleichviel ob diese Thätigkeit gerade an der Maschine oder an irgend einer andern Sache, hier dem Holzschleifwerk des Klägers, stattfand, und ohne Unterschied, ob dadurch die in Gang zu setzende Dampfmaschine oder das mit ihr zum Zwecke der Ingangsetzung in Verbindung gebrachte Räderwerk zerbrochen worden ist.» — Das Gericht anerkennt also, dass diese Beschädigung in Ausführung des Vertrages erfolgte und mit der Klage aus diesem (etwa a°. locati) verfolgt werden kann. Diese Annahme ist zu rechtfertigen, wenn man annimmt, dass der Monteur die Schraubenschlüssel zwischen die Radkämme gelegt habe, weil dies im Interesse des regelmässigen, nicht unnöthig durch kleinliche, übertriebene Vorsicht gehinderten Gebrauchs dieses Instrumentes war, weil sich dieser Ort als der bequemste nächstgelegenste zur Aufbewahrung des Schlüssels für die Zeit, wo er nicht gebraucht wurde, erwies

— so dass also jeder andere Arbeiter dasselbe gethan hätte, weil die schädigende Handlung in gewissem Sinne vorgenommen werden *musste*. — Sollte dieser Gesichtspunkt nicht durchschlagen, so dürfte gefragt werden, in wieweit das beschädigte Räderwerk mit der Maschine zusammenhing, und nach der Ansicht der betheiligten Kreise eine einheitliche Sache war, so dass der Monteur in dem Theile die ganze Sache verletzte. — Aber unbedingt, abgesehen von diesen vermittelnden Gesichtspunkten, in diesem Falle die Kontraktsklage zu geben, wäre u. E. zu weit gegangen.

Aehnlich dürfte es sich verhalten, wenn z. B. der Töpfer beim Setzen des Ofens den Kamin oder auch nur die Gardinen in Brand setzt, der Glaser beim Einsetzen des Fensters das Gesims beschädigt oder die Gardinen zerreisst oder eine Wanduhr hinabwirft. Wenn Goldschmidt (a. a. O.) hier ohne weiteres Vertragsverletzungen annimmt, so dürfte damit zu weit gegangen sein. Es kommt einmal darauf an, in wieweit die beschädigten Gegenstände mit demjenigen, an welchem das opus verrichtet werden soll, körperlich zusammenhangen, und andrerseits, in wieweit die zu verrichtende Arbeit eine Berührung mit den beschädigten Gegenständen nothwendig oder doch wünschenswerth macht, damit sie nicht über alles vernünftige Mass erschwert werde. — Wir sind damit wohl überhaupt an die Grenze der Kontraktsverletzungen gekommen. Nicht umsonst bieten sich meistens Fälle der conductio operis zur Betrachtung dar; sie dürfte am meisten Schwierigkeiten machen. Bei ihr ist nämlich ein Verschulden in dreifacher Weise möglich[9]: 1) das Werk wird überhaupt nicht oder nicht fehlerfrei zu Stande gebracht; — 2) die dem conductor behufs Ausführung des Werkes vom locator überwiesenen Gegenstände oder Theile derselben werden beschädigt oder vernichtet, z. B. der Boden, auf oder an welchem das Werk ausgeführt werden soll; — 3) oder es werden endlich nach obigen Gesichtspunkten andere Gegenstände beschädigt.

[9]) Vergl. Goldschmidt, a. a. O. S. 361.

b) Verletzungen eines mitkontrahirenden Subjekts.

Im Allgemeinen gilt wohl das Prinzip, dass solche ausserhalb des Gebietes der Kontraktsverletzungen fallen. Ganz unbestritten sind Fälle wie folgende: ein Gesellschafter prügelt einen zur Zahlungsempfangnahme oder zur Präsentation eines Wechsels anwesenden Geschäftsfreund oder Notar; er bestiehlt im Laden oder bei Ueberbringung von Waaren oder der Rechnung einen Kunden, oder er sucht einem Konkurrenten bei seinen Abnehmern durch Verleumdung zu schaden u. s. f.[10]); ebenso der Fall, wo ein Krämer einen Käufer eben eine Kanne voll Petroleum überreicht, ihr aber mit einer brennenden Kerze nahe kommt und so den Käufer verletzt; Kontraktsverletzung liegt nicht vor; denn das Delikt, das zugleich eine solche sein soll, muss immer gegen ein aus dem Kontrakt dem Mitkontrahenten erwachsendes Recht oder gegen eine dem Delinquenten obliegende Pflicht verstossen. Dieses Kriterium fehlt hier, denn nicht weil der Krämer mit dem Andern zufällig einen Kaufkontrakt abschliesst, darf er ihm keine Brandwunden beibringen (Dalloz, Pér. 1873, 1, 33). —

Anders bei Verletzung der dem conductor operis obliegenden Pflichten, namentlich im Falle des Transportes. Uebernimmt Jemand den Transport eines Andern, des Mitkontrahenten, so ist Objekt des Vertrages das Versetzen desselben an einen andern Ort unter bestimmten Modalitäten. Beschädigt der Unternehmer während des Transportes den Passagier, so ist er diesem, trotzdem Erfüllung des Vertrages immer noch möglich wäre, schadensersatzpflichtig, weil er nach l. 5 pr. cit. der Person gegenüber, an welcher der Gegenstand des Vertrags hergestellt werden soll, custodia prästiren soll. — In diesem Lichte nimmt folgender Fall der französischen Rechtsprechung, der so gern perhorreszirt wird,

---

[10]) Goldschmidt, Kritik des Entw. eines d. H.G.B. in Heidelb. Krit. Zeitschr., Bd. IV, S. 143.

eine ungefährliche Gestalt an[11]). Ein Kutscher hat ein dreizehnjähriges Mädchen ins Pensionnat zu fahren. Er steigt aber bei einer Weinstube ab und vergreift sich an dem Mädchen. Die Prinzipalin des Kutschers, die Compagnie générale des Petites-Voitures, wurde mitverantwortlich erklärt, und zwar sagt das Urtheil ausdrücklich: »Es war zwischen besagter Compagnie, vertreten durch den Kutscher, und zwischen den Personen, die ihm das Mädchen anvertraut hatten, vertreten durch dieses selbst, ein Vertrag entstanden, demzufolge er sie direkt ins Pensionnat führen musste. Er hat diesen Vertrag offenbar verletzt, indem er mit dem Mädchen auf diese Weise verfuhr.«[12]) Dies ist vollkommen richtig, aber das einfache Räsonnement des französischen Richters: «Der Kutscher musste das Mädchen an den Bestimmungsort führen; dadurch, dass er es so behandelte, verletzte er den Vertrag», hebt das Wesentliche gar nicht hervor und ist auch theilweise unrichtig: denn der Kutscher konnte ja den Vertrag verletzen, soweit er auf direkten Transport geht, ohne dieses neue Delikt zu begehen; *in dieser Beziehung* ist die Vertragsverletzung damit vorhanden, dass der Transport nicht vollführt wurde, die Verletzung der Ehre des Mädchens aber geht darüber hinaus. Zwar ist sie immerhin Vertragsverletzung und zwar deshalb, weil l. 5 pr. cit. Platz greift; sie redet zwar nur von custodia, die der fullo und der sarcinator für Gegenstände, die ihnen zur Verrichtung des opus übergeben sind, prästiren müssen; soll aber ein opus an Personen bewerkstelligt werden, so dürfen diese nicht schlechter gestellt sein, und der Begriff der custodia ist soweit auszudehnen, bis er auch die Sorgfalt für Personen umfasst. Hier dürfte also die Kontrakts- neben der

---

[11]) Es ist zwar nicht ein Fall der ao. legis Aquiliæ, allein nichts destoweniger dürfte er *hier* besprochen werden.

[12]) Dall. Pér. 1873, 3, 7. — Die Besprechung dieses Falles empfiehlt sich auch desshalb, weil durch Art. 61 des Entw. z. schweiz. Obl.-R. dem schweizer. Richter in Zukunft die Macht gegeben wird, ähnlich dem französischen, einen Ersatz für sog. «tort moral» auszusprechen.

Deliktsklage gegeben sein: der Kutscher durfte auch ohne Vertrag nicht so mit dem Mädchen verfahren, aber er durfte es nochmal nicht wegen des Vertrags. — Gerade solche Fälle zeigen aber auch, dass die Formel «Handlung in Ausführung des Geschäfts» nicht gut ist. Man wird dadurch verleitet, anzunehmen, es brauche immer eine positive Handlung, die in der Intention des Handelnden eine durch den Vertrag geforderte Handlung sei, um von Delikt im Kontrakte sprechen zu können. Dann sagt man ganz richtig: eine solche Handlung wie die des Kutschers, hat doch mit diesem Transportvertrage nichts zu thun, sie ist daher ein Delikt ausserhalb der kontraktlichen Beziehungen! Dem gegenüber betonen wir aber die negative Seite, wonach eine solche Handlung eben Verletzung einer Vertragspflicht ist.

Desselben Fehlers machen sich Diejenigen schuldig, die folgende Unterscheidung annehmen: Eine bekannte Streitfrage dreht sich um die *Konkurrenz* von Kontrakts- und Deliktsklage; im Zusammenhang damit wird oft unterschieden zwischen Handlungen, die einer als Mensch, und solchen, die er als Kontrahent begehe, und danach im einen Falle die Delikts-, im andern die Kontraktsklage gegeben[13]). Diese Unterscheidung wird z. B. folgendermassen veranschaulicht: will ein Depositar die deponirte Sache gleich nach der Uebergabe unter gehörigen Verschluss bringen, stösst er aber durch eine leichte Unvorsichtigkeit an und beschädigt die Sache, so ist die dabei vorkommende culpa levis eine kontraktliche[14]), *weil Vertragspflichten erfüllt werden wollten.* Hätte aber der

[13]) Vangerow, Bd. III, § 681, A. 3. — *Hangen,* Inwieweit ist Deliktsklage neben Kontraktsklage möglich? in Puchelts Zeitschr. f. französ. Zivilr., VIII. Bd., S. 569 ff.

[14]) Der Verfasser würde besser sagen: «es sei gar keine culpa vorhanden, weil die Deliktsklage durch den kontraktsmässigen Charakter der Handlung ausgeschlossen sei, und es für die *Depositions*klage an der Voraussetzung der Schuld fehle.» Eine «nicht zu vertretende culpa» ist gewiss eine contradictio in adjecto?



Depositar das Schlagwerk einer bei ihm deponirten Repetiruhr probirt, so erfüllte er damit weder eine vertragsmässige Pflicht, noch übte er ein Recht aus, handelte überhaupt als Mensch, nicht als Kontrahent, und ist daher nach der lex Aquilia ersatzpflichtig[15]). Die Richtigkeit dieser mindestens unpraktischen Unterscheidung lassen wir dahin gestellt; soll aber damit gesagt sein, dass ein solcher Depositar, wenn er wie in letzterm Beispiele als «Mensch» handle, nicht kontraktlich haften könne — den erforderten Grad der culpa vorausgesetzt —, so ist das unrichtig; denn wenn die betreffende Handlung noch so wenig eine solche ist, die «mittelbar oder unmittelbar in Ausübung der Vertragsrechte und in Erfüllung der Vertragspflichten ihrem ganzen Inhalte nach vorgenommen wird», so kann sie doch kontraktlich verfolgt werden, weil sie eine Kontraktsverletzung herbeiführt, die darin besteht, dass der Depositar die Uhr nicht unbeschädigt zurückgeben kann. Auch hier ist der falsche Grundgedanke der: eine Handlung, die kontraktlich zu vertreten sei, müsse stets von der Intention geleitet sein, Vertragsrechte zu üben und -Pflichten zu erfüllen[16]). Mit Obigem aber glauben wir die Unrichtigkeit dieses Satzes dargethan, und überhaupt einerseits dem Prinzipe, dass man aus Kontrakten niemals mehr verschulden kann, als was man durch den Kontrakt schuldig ist, genügt, und andrerseits die Grenzen angedeutet zu haben, wie viel man aus dem Kontrakt schuldig ist.

§ 6.

Betrug und Unterschlagung.

Betrug ist möglich, einmal beim Vertragsabschlusse, und sodann bei der Erfüllung.

1. Der erstere Fall ist gegeben, wenn folgende Bedingungen vorhanden sind:

---

[15]) Hangen, a. a. O. S. 579.

[16]) Hangen, a. a. O. S. 577.

I. Auf Seite des einen Kontrahenten (des Betrügers):

1) Irreleiten des Mitkontrahenten über eine Thatsache, welche auf die Willenserklärung desselben einwirkt, und zwar entweder durch positive Thätigkeit, oder durch Verschweigen einer Thatsache, bezüglich deren eine Pflicht zum Reden besteht.

2) Bewusstsein der Unredlichkeit des Handelns oder Schweigens.

II. Auf Seite des andern Kontrahenten (des Betrogenen):

1) Irrthum über eine Thatsache, der Motiv eines Thuns oder Unterlassens wird, als Folge der Täuschung des Betrügers;

2) eine Willenserklärung, die eine nachtheilige Veräusserung von Vermögenswerthen enthält, als direkte Folge des oben bezeichneten Irrthums[1]) in der Art, dass ohne jenen Irrthum die Willenserklärung überhaupt nicht oder nicht unter den bestehenden Modalitäten abgegeben worden wäre[2]). — Dem rechtswidrig herbeigeführten Nachtheil auf Seite des Getäuschten muss ein rechtswidriger Gewinn gegenüber stehen.

III. Natürlich muss ein Vertrag zu Stande gekommen sein.

Die Kontraktsklage ist nun die eigentliche Form des Anspruchs, welche dem betrogenen Kontrahenten auf Grund des Betruges gegen den Mitkontrahenten als Betrüger zusteht; sie vertritt vollständig die Deliktsklage[3]).

Was die Folgen des Betruges im Vertragsabschlusse betrifft, so macht derselbe die vom Betrogenen abgegebene Willenserklärung nicht nichtig, wie die früher herrschende Meinung für die negotia bonae fidei annahm; der ausgesprochene

---

[1]) Direkte Folge des Irrthums muss die Veräusserung sein, damit Betrug vorliege, heisst: es genügt nicht, wenn der Getäuschte den Täuschenden nur in eine Lage versetzt hat, in welcher dieser jetzt durch ein neues Delikt (Diebstahl, Unterschlagung) sich einen unerlaubten Vortheil sichern kann, also wenn er nur Detention überträgt.

[2]) Ziegler, Betrug im Vertragsabschusse. München 1871, S. 18.

[3]) Ziegler, a. a. O. S. 36.

Wille ist immer noch der wirklich vorhandene Wille[4]). Andererseits hat der Betrogene in den Fällen des dolus causam dans, in denen der Betrogene, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, d. h. nicht betrogen worden wäre, den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen haben würde, regelmässig[5]) das Recht, die Auflösung des Vertrages zu fordern. In den Fällen des dolus incidens, d. h. dann, wenn der Betrogene ohne Betrug den Vertrag unter andern Modalitäten abgeschlossen hätte, hat er einen Anspruch auf Aufhebung einer einzelnen Seite der Wirkung des Vertrages[6]). — Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, dass diese sämmtlichen Folgen, auch die des dolus causam dans, mit der Kontraktsklage herbeizuführen sind.

Nun aber wird von Köstlin[7]) die Grenze des Betrugs beim Vertragsabschlusse enger gezogen als es hier geschehen ist. Er nimmt solchen nicht an, wenn durch Täuschung ein wirklicher Vertrag herbeigeführt wird, der seiner Natur oder wenigstens den konkreten Umständen gemäss die reine Beschädigung des Andern zur Folge hat, z. B. im Darlehens- oder Borgvertrag unter falscher Vorspiegelung der Solvenz, Dienstmiethvertrag, eingegangen im Bewusstsein der absoluten Unfähigkeit zur Leistung der zugesagten Dienste, Cession einer Forderung auf einen insolventen Schuldner unter Vorspiegelung seiner Solvenz, ein rein auf Beschädigung angelegter Gesellschaftsvertrag (S. 428. 429). — Ebenso sei es kein Betrug im Vertragsverhältnisse, wenn eine gar nicht existirende Sache, oder, wenn eine Sache, die es nicht ist, als Reliquie, ein Rheinkiesel für einen Diamanten verkauft wird u. dgl. (S. 430). — Wir können diese Ausnahmen, soweit nicht ein *wesentlicher* Irrthum vorliegt, nicht gelten lassen; Köstlin

---

[4]) Windscheid, Bd. I, S. 207.

[5]) Ausnahmen bei Ziegler, a. a. O. S. 51—53.

[6]) Windscheid, a. a. O. § 78, Nr. 7.

[7]) Zeitschr. f. Civilr. und Prozess. N. F., Bd. 14, S. 295—440.. Bd. 15, S. 46—75.

übersieht dabei wohl den Unterschied von Nichtigkeit und Auflösbarkeit der Verträge, wo ein dolus causam dans vorliegt. Vergl. l 14 § 3 D (18,2). (Anders dürfte sich die Sache nach Art. 25 des Entw. d. schweiz. Oblig.-R. gestalten.)

2. Betrug bei Vertragserfüllung kann darin bestehen, dass die Thatsache der Vertragserfüllung selbst fälschlich vorgespiegelt und zum blossen Vorwand genommen wird, um die Vermögensrechte des Andern zu verletzen; so wenn ein Kontrahent in falschem Gelde oder falschen oder unbrauchbaren Werthpapieren zahlt, wenn er einer bestimmten Sache, die er liefern soll, eine ganz andere (werthlose) unterschiebt, einen versprochenen Dienst auf eine unbrauchbare Weise leistet, welche zeigt, dass er ihn gar nicht zu leisten fähig war[8]). Hier soll deshalb von Betrug im Vertragsverhältnisse keine Rede sein, «weil der Betrüger ganz aus demselben heraustrete», und weil ein solcher überhaupt nur dann vorliege, wenn die Täuschung dahin gehe, den Vortheil des Andern zu schmälern, nicht aber dann, wenn sie dahin gehe, die bedungene Leistung ganz zu hintertreiben. — Der Fehler, auf dem die Unterscheidung Köstlin's beruht, dürfte derselbe sein wie oben, und wenn er sagt: «Der Betrüger trete aus dem Vertragsverhältnisse heraus», so setzt er jedenfalls damit ein solches voraus.

Schliesslich wollen wir auf einige die offene Handelsgesellschaft speziell berührende Punkte aufmerksam machen. Da nach heutigem Recht sämmtliche Verträge bonae fidei negotia sind, auf Treu und Glauben beruhen, so ist der Kontrahent verpflichtet, überall da zu handeln, wo durch ein Unterlassen Treu und Glauben verletzt würden. Ist daher irgend ein Gesellschafter, auch ein bloss geschäfts*thätiger*, bei einem durch einen Mitgesellschafter besorgten Vertragsabschlusse anwesend, und in dolo, so betrügt er, und wenn er sich am Geschäfte gar nicht betheiligt; ebenso wenn er nach abgeschlossenem

---

[8]) Köstlin, a. a. O. S. 413.

Kontrakte Kenntniss von der Sachlage erhält und schweigt, oder eine durch denselben geforderte Handlung unterlässt (z. B. eine Anzeige, Beobachtung der vertragsgemässen diligentia u. s. w.). Auf dieser Grundlage dürften gewisse Fälle für die offene Handelsgesellschaft ihre Schwierigkeit verlieren, die sie für andere Verhältnisse haben, z. B. folgender: Der Eigenthümer eines auf der Reise befindlichen Schiffes schliesst zur Zeit, wo dieses ohne seine Kenntniss schon untergegangen war, einen Versicherungsvertrag; sein Agent hatte die Nachricht absichtlich zurückgehalten zu dem dolosen Zweck, dem Prinzipal die Versicherung zu ermöglichen. Der englische Gerichtshof Queen's Bench entschied zwar zu Gunsten der Versicherungsanstalt; allein auch die leisesten Zweifel an der Richtigkeit einer solchen Entscheidung müssten verschwinden, wenn wir uns statt des Agenten einen Gesellschafter denken[9]. — Dieser Fall zeigt uns übrigens auch, dass die Folgen des dolus nicht nur in Erzeugung einer Klage gegen die Gesellschaft, sondern auch in der einer Einrede gegen ihre Klage bestehen können, z. B. einer exceptio doli in obigem und in dem Falle, wo ein Gesellschafter das von der Gesellschaft versicherte Gebäude in Brand steckt. Vgl. l 4 § 19 D (44,4).

Die *Unterschlagung* kann in den meisten Fällen mit Kontraktsklage prästirt werden müssen, so in allen Fällen, wo ein Kontrahent den Vertrag benützt, um sich die Detention einer Sache zu verschaffen und diese dann für sich zu verwerthen (so z. B. beim Kommodat, Depositum), l 45 D (17,2) — l 29 pr. D (16,3). Auch dürfte hieher der oben besprochene Fall der l 5, § 8 D (14,3) zu ziehen sein, wo der Leichenwäscher die Kostbarkeiten des Leichnams zu sich nimmt. — Nach l 5 § 9 D (14,3) steht der Bäcker, welcher seinen Sklaven zum Brodverkauf aussendet und ihm dabei gestattet, die Verkäufe gegen Vorauszahlung abzuschliessen, aus den von einem solchen Sklaven geschlossenen Verkäufen

[9]) Mitgetheilt in Goldschm. Zeitschr., XII. Bd., S. 198 ff.

mit der institoria a^{o}. auf Lieferung, bezw. Interesse ein, sollte auch der Sklave das im Voraus empfangene Kaufgeld unterschlagen haben. — Besonders praktisch ist der Fall, dass Darlehen, die *bei Dritten* im Namen der Gesellschaft erhoben werden, für persönliche Bedürfnisse verbraucht werden, l 1 § 9 D(14,1). Seuff. Arch. XII, 60[10]). — Auch hier kann die Folge des Delikts die Erzeugung einer Einrede gegen die Klage der Gesellschaft sein, so wenn ein Dritter dem Gesellschafter gezahlt, dieser aber das Geld für sich gebraucht hat, l 5, § 3 D(44,4) — l 19 pr. § 1 D(14) — l 10, § 5 D(17,1).

Anhang.

§ 7.

Als Anhang zum Kap. III möchten wir noch einen Punkt berühren, der kaum unwichtig ist. Das Recht kennt Obligationen, deren Entstehungsgrund ein juristischer Vorgang ist, der Aehnlichkeiten mit einem Vertrage hat, der aber doch keiner ist. — Correalobligation kann nun ausser durch letztwillige oder richterliche Verfügung oder durch gesetzliche Bestimmung durch Vertrag entstehen. Dem eigentlichen Vertrag dürfte aber in dieser Beziehung auch der sog. Quasi-Vertrag gleichgestellt werden; denn wird der Entstehungsgrund als Vertrag fingirt, so liegt die Konsequenz nicht weit ab, dass er auch Correalobligation erzeuge. — Der Hauptfall ist nun der der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Diese Haftung ist — um dies kurz zu betonen — nicht etwa dann anzunehmen, wenn ein Gesellschafter Geld, das er unabhängig vom ganzen Geschäftsbetriebe durch Diebstahl u. s. f. erworben

---

[10]) Die betr. Gesellschaft wird hier «Aktiengesellschaft» geheissen, daneben aber eine Klage auf Erstattung eines von einem «Aktionär» kontrahirten Darlehens gegen einen andern «Aktionär» gegeben!

hat, dazu verwendet, den statutengemässen Beitrag einzuzahlen oder für die Gesellschaft Ankäufe, Vorschüsse zu machen [1]). — Der vorzüglich praktische Punkt, der eine solche Haftung wünschbar macht, ist folgender: wenn auch die Objecte der Bereicherungsklage weggefallen sind, so ist die Verpflichtung der Restitution nicht ausgeschlossen, wenn der Wegfall der Bereicherung mit Schuld des Verpflichteten eingetreten ist — dolus pro possessione est [2]). — In diesem Fall haftet die Gesellschaft wohl schon auf Cession ihrer Klage gegen den Gesellschafter, der die Vernichtung resp. Beschädigung verursacht hat; allein diese Klage nützt nichts, wenn der Gesellschafter insolvent ist; genügende Sicherheit bietet nur die Haftung der Gesellschaft, die auch nicht etwa durch Rücksichten der Billigkeit zurückzuweisen ist.

Die Haftung aus Bereicherung ist wohl nicht der einzige für unsere Frage praktische Fall des Quasikontraktes. Wenn z. B. ein betrügerischer Kontrahent im betrogenen Mitkontrahenten einen *wesentlichen* Irrthum erzeugt, so kommt kein Vertrag zu Stande. Dennoch sagt l 62 § 1 D (18,6): Qui resciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet *emtio non teneat*, *ex emto* tamen adversus venditorem *experiretur*, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. Vrgl. l 8 § 1 D (11,7), § 5 J (3,24). Diese Klage ist wohl eine Quasikontraktsklage, und würde daher nach Obigem auch die Gesellschafter correaliter verpflichten.

IV. KAPITEL.

Haftung aus Quasi-delikt.

§ 8.

Wir kommen endlich auf die bestrittenste Frage zu sprechen, nämlich die, ob die Gesellschaft für Delikte, auch

[1]) So auch für das französ. Recht: Dalloz, jurisprud gén. «Société» No. 938. — Dall. Pér. 1850. 1, 87.

[2]) Windsch. Pand. § 424. — Ihering, Schuldmom. S. 25.

abgesehen von den bisher erörterten Grundsätzen, hafte. Es ist dieselbe Frage, wie sie auch für den einzelnen Prinzipal mit Bezug auf seine Prokuristen, Bevollmächtigten, Gehülfen aufgeworfen wird; der geschäftsführende, resp. geschäftsthätige Gesellschafter hat gegenüber den andern äusserlich dieselbe Funktion wie der Handlungsgehülfe gegenüber dem Prinzipal. Wir dürfen daher jede gesetzliche Bestimmung bezüglich der «Haftung des Geschäftsherrn für sein Personal» auch auf das Verhältniss der Gesellschaft zu ihrem Mitgliede übertragen [1]) und *hier* überhaupt unterschiedslos vom Gesellschafter, Prokuristen, Gehülfen u. s. f. reden. — Die Frage existirte von jeher in der Jurisprudenz und Gesetzgebungspolitik. Aus dem römischen Recht gehören hieher die Bestimmungen des edictum contra nautas caupones stabularios wegen damnum und furtum in navi etc. datum, und des edictum in eos qui dejecerint vel effuderint [2]). — In der heutigen Jurisprudenz ist das Interesse an der Frage besonders lebhaft; sie wird zwar nirgends in ihrem ganzen Umfange behandelt, sondern nur für gewisse Arten, so von *Goldschmidt* für die Gehülfen, ebenso von *Ubbelohde* [3]); andere beschränken sich auf gewisse Kontrakte, hauptsächlich die locatio-conductio operis [4]). — Auf handelsrechtlichem Gebiete begnügt man sich meist mit Andeutungen; etwas einlässlichere Erörterungen gibt nur das Protokoll der Nürnberger Konferenz. — Für uns hat die Frage eine bedeutend geringere Tragweite als für das Verhältniss des Handlungs-Gehülfen und -Bevollmächtigten, weil

[1]) Dies scheint *Brinkmann* nicht anzuerkennen, indem er Haftg. der G. für Vergehen, die ein Gesellschafter als Repräsentant begeht, wie z. B. Zolldefraudationen, annimmt, sie dagegen für den Prinzipal leugnet. Hdlsr. § 38, VII, Nr. 28. — § 120, Nr. 55.

[2]) *v. Wyss,* Haftg. f. fremde culpa, S. 61, 69. —

[3]) *Goldschmidt* in dem oft zitirten Aufsatze. — *Ubbelohde* in Goldschmidts Zeitschr. VI.

[4]) *Puchta,* Pandekten, §§ 279, 302. — Rechtsgutachten der Juristenfakultät Halle (v. Keller od. Witte sen.), Zürich 1847.

für das letztere auch die bisher behandelten Fälle unter *diesen* Gesichtspunkt fallen. Demselben und dem Gesellschaftsverhältniss gemeinsam ist die Frage also noch bezüglich derjenigen Delikte, die nicht zugleich Vertragsverletzungen sind, aber im Interesse oder doch im Zusammenhange mit Dienstverrichtungen für die offene Handelsgesellschaft vorgenommen werden.

Eine Haftung wird nun von der Jurisprudenz und Gesetzgebung in verschiedenem Umfange angenommen; am weitesten aber geht das französ. Civilrecht im Art. 1384 co. civ., dessen einschlägige Bestimmung also lautet: On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde.

§ 3. *Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs* domestiques et *préposés dans les fonctions auxquelles il les ont employés.*

Die Hinsicht auf diesen Art. ist wohl die Ursache, warum obige Frage stets wiederkehrt[5]); er wäre auch beinahe ins deutsche H.G.B. übergegangen. Ist dies auch nicht geschehen, weil sein Inhalt als zu weit gehend vorkam, so wird doch daraus von den meisten Juristen nicht die Konsequenz gezogen, dass das H.G.B. somit jede derartige Haftung ausschliesse, im Gegentheil: man gesteht vorwiegend einer weitern Verantwortlichkeit als im Civilrecht eine Berechtigung zu und sucht daher eine Grenze für dieselbe. Es ist, als wollte man auf dem ausgedehnten Felde, das Art. 1384 und noch mehr die französische Praxis der Verantwortlichkeit des Prinzipals eingeräumt hat, den Punkt suchen, bis zu dem auch das

---

[5]) Eine ältere Richtung sucht den Grund der ausserkontraktlichen Haftung für Delikte im Institorenverhältniss, besonders in der l 5, § 8, l 11 § 7 Dinst. a. So *Mittermeier*, Privatr., § 537, III. — *Glück* XIV, 247. — *Unterholzner*, Schuldverhältnisse, I, S. 419 [mit Berufg. auf l 1, § 10 D(14,1) und l 11, D(14,3)]. Siehe dagegen *v. Wyss*, a. a. O., S. 119.

deutsche Handelsrecht gehen dürfte, ohne gerade die bisherige Grundanschauung auf den Kopf zu stellen [6]).

Es sollen daher zunächst die Hauptfälle der französischen Praxis vorgeführt und eine Eintheilung derselben nach einem juristischen Gesichtspunkte versucht werden; dann soll die Haftung, wie sie in Art. 42, 57, 115 des preussisch. Entw., den entsprechenden Art. erster resp. zweiter Lesung enthalten war, mit dem französischen Prinzipe verglichen und endlich gezeigt werden, wie viel von jenem ursprünglich adoptirten, aber aufgegebenen Prinzipe blieb. — Die Darstellung einschlägiger Fälle gewährt zugleich einen bessern Einblick in die Tragweite unserer Frage und kann Wegweiser für die künftige Anwendung der betr. Bestimmungen des schweiz. Gesetzentwurfes sein.

§ 9.

Jede Handlung des Angestellten lässt sich von einer doppelten Seite aus betrachten, einmal in ihrer Beziehung zu Dritten, und dann in ihrer Beziehung zum Dienste. In ersterer Hinsicht fragt sich: hat es die Handlung mit der Ausführung eines Vertrages zu thun, oder richtiger, enthält sie eine Verletzung des zwischen dem Prinzipal und dem Dritten bestehenden Vertrages. In zweiter Linie aber besteht ein Unterschied, den in annähernd richtiger Weise auch die Nürnberger Konferenz macht, indem sie Fälle unterscheidet, «in welchen die beschädigende Handlung in den Bereich des auftragsgemässen Geschäftskreises des Bevollmächtigten fällt, und solche, in welchen dieser eine Handlung vornimmt, welche zwar mit seinen Geschäften zusammenhängt, aber doch nicht eigentlich zu seinen Verrichtungen gehört» [1]). — Wir kombiniren diese

---

[6]) Es ist wohl kaum nöthig, hervorzuheben, dass der Art. 1384 speziell auch für die Kollektivgesellschaft gilt; denn die geschäftsführenden Gesellschafter sind eben préposés, gérants der Gesellschaft. — *Pardessus,* cours du droit comm. III, S. 95.

[1]) Protokoll S. 186.

beiden Gesichtspunkte, ausgehend vom erstern, wobei aber zu bemerken ist, dass sich dieser zweitgenannte Unterschied nicht leicht und sicher, sondern mehr ungefähr durchführen lässt.

A. *Zwischen dem Prinzipal und dem Dritten ist ein Vertrag vorhanden.*

a) *Die beschädigende Handlung fällt in den Bereich des auftragsgemässen Geschäftskreises des Bevollmächtigten.* Hieher dürften folgende Fälle zu zählen sein:

Der mit dem Transporte von Personen beauftragte Angestellte beschädigt diese durch Nachlässigkeit (zu grosse Eile, Überladen des Wagens u. s. f.)[2]. — Der Heizer auf dem Dampfschiffe heizt zu stark, so dass der Kessel explodirt. (D. P. 1855. 2. 86). — Ein Dritter bringt in das Bureau eines agent de change Werthtitel, damit sie an der Börse verkauft werden, übergibt sie einem Angestellten, der sie für sich verwendet. (D. P. 1863. 2. 142.) — Eisenbahnangestellte unterschlagen ihnen (ohne Deklaration) zum Transport übergebene Werthtitel. (1859. 1. 317.) — Der Inhaber eines Plazirungsbureaus haftet auf Ersatz des Geldes, das sein Angestellter den sich meldenden Personen abgeschwindelt hat (1864. 5. 434.) — Der Kassier der Filiale einer Sparkasse nahm nicht im Bureau derselben und am Tage, wo sie dem Publikum offen stand, sondern in der Wohnung Dritter entgegen den Vorschriften des Gesetzes vom 15. April 1852 von diesen Geld an und unterschlug es (1877. 1. 65).[3])

[2]) Dalloz, Per. 1845. 1. 261. — 1853. 2. 76.

[3]) Hier entstand die schwierige Frage: Hat der Kassier dieses Geld dans les fonctions, auxquelles il était employé, missbraucht oder nicht? Ist er préposé nur, wenn er hinter dem Kassatische steht, und nur an den Tagen, wo das Bureau offen ist? oder genügt dem Publikum seine bekannte Stellung, um ihn als préposé zu behandeln? Die Frage muss bejaht werden, soll obige Entscheidung richtig sein; das Urtheil der zweiten Instanz geht mehr um die Frage herum; — der Fall könnte vielleicht in die folgende Gruppe gestellt sein.

b) *Die beschädigende Handlung hängt zwar mit den Geschäften des Angestellten zusammen, gehört aber doch nicht eigentlich zu seinen Verrichtungen.* Hieher gehört ganz eigentlich der oben behandelte Fall, wo der mit dem Transport des Mädchens betraute Kutscher dasselbe verletzt. — Scheinbar gehören hieher auch solche Fälle, wo ein Arbeiter seinen Mitarbeiter verletzt, der ja in einem Vertragsverhältniss zum Prinzipal steht, locatio conductio operarum oder operis. Allein bei ersterer bildet die Sorgfalt für den Arbeitnehmer, den locator, keinen Theil der Vertragsverpflichtung, bei letzterer nur dann, wenn das opus selbst an einem Subjekte verrichtet werden soll, wovon in diesen Fällen keine Rede ist. Verletzt also der Arbeiter auch immerhin einen Mitarbeiter, der mit dem maître in Kontraktsverhältniss steht, so enthält die Verletzung keine Kontraktsverletzung, weil, auch wenn sie der Prinzipal begangen hätte, er nicht mit Kontraktsklage haften würde.

B. *Zwischen dem beschädigten Dritten und dem Prinzipal liegt kein Vertrag vor.*

a) *Die beschädigende Handlung liegt im Bereiche des auftragsgemässen Geschäftskreises des Bevollmächtigten.*

Ein Angestellter in der Glasfabrik steckt die Mitarbeiter mit einer gefährlichen Krankheit an, indem er mit infizirten Lippen bläst (1869. 2. 194). — Der Angestellte nimmt mit Pferd und Wagen eine Geschäftsreise vor und verletzt dabei Jemanden, indem durch seine Ungeschicklichkeit das Pferd scheu wird (1869. 2. 218). — Ein Arbeiter füllt einen Tragkorb mit Ziegelsteinen am Rande eines Schachtes; einer davon entgleitet seinen Händen und tödtete einen im Schachte beschäftigten Arbeiter (1869. 2. 109). — Bei einer Bauunternehmung werfen die Arbeiter überflüssig gewordene Materialien in den Fluss und beschädigen dadurch eine Fabrik (1863. 3. 61). — Die Eisenbahn haftet für Schaden, der veranlasst ist durch Funken der Lokomotive, deren Sicherheitsapparat mangelhaft ist (1859. 23 juin). — Ein Beamter macht bei Er-

greifen von eingeschmuggelten Waaren Gebrauch von seiner Feuerwaffe, um einen Angriff abzuwehren, welcher aber die die Anwendung dieser Gewalt nicht rechtfertigt (1858. 1. 295). — Der Gehülfe eines Spediteurs braucht Frachtbriefe mit gefälschtem Stempel; der Spediteur trägt die Geldstrafe (1852. 2. 40). — Ein Kaufmunn lässt durch einen Fuhrmann Waaren in seinen Hof führen. Beim Passiren der Ecke richtet der lange Wagen in der schmalen Strasse an einem benachbarten Hause Schaden an (1864. 1. 385). — Ein Banquier lässt die Register, Stempel und Wechselformulare seines Geschäfts in den Händen eines seiner Angestellten, der damit falsche Wechsel macht und begibt (1846. 1. 32).[4]) — Eine Eisenbahngesellschaft lässt einen Brunnen graben; aus Nachlässigkeit des Unternehmers und der Arbeiter bleibt er zur Nachtzeit nicht gedeckt, ein Passant fällt daher hinein (1857. 2. 208).

Fallen diese Handlungen augenscheinlich in den Bereich der Dienstverrichtungen, so ist dies fraglicher bezüglich anderer Fälle, wo wir es mit einer Unterlassung zu thun haben, wie z, B. folgender: Vor einer Thüre auf einer Bahnstation hat sich Glatteis gebildet in Folge Nachlässigkeit des mit der Reinigung beauftragten Angestellten, so dass ein Reisender Abends in der Dunkelheit fällt und sich verletzt (1872. 2. 149). — Der Gasanzünder hatte vergessen, an den gewöhnlichen Orten und zur gewöhnlichen Zeit das Gas anzuzünden, wodurch Schaden entseht (1858. 2. 5). — Aber wir legen auch diesen Fällen obige Qualität bei; denn die scheinbare Unterlassung ist in Wirklichkeit Theil einer für die juristische Betrachtung positiven Handlung, die zwei Thätigkeiten zusammenfasst, einmal das Setzen einer Bedingung gegen schädliche Erfolge gewisser Ereignisse, bestehend in Uebernahme des Dienstes und andrerseits das Vernichten dieser Bedingung.

---

[4]) Der Fall dürfte auch eher in die folgende Gruppe gehören, wie er speziell vorliegt, indem das Urtheil Haftung annimmt, «encore que le commis, simple teneur de livres, demeurât étranger aux opérations de la maison de son patron.»

b) *Ausserhalb der eigentlichen Dienstverrichtungen, aber im Zusammenhang mit solchen steht, dagegen die schädliche Handlung in folgenden Fällen:* Ein Arbeiter raucht unvorsichtiger Weise bei seiner Arbeit; der Herr haftet für den Schaden (1859. 1. 329); ebenso die Eisenbahngesellschaft in dem Falle, wo ihre Arbeiter über ein dem Bahnbau benachbartes Grundstück gehen, um zu ihrer Arbeitsstelle zu kommen (1859. 3. 6.), oder wo die Arbeiter während der Arbeit Mäusen nachjagen, die über den Platz springen, und einander dabei verletzen (1877. 2. 135). — Müllerknechte zerstören, um die Triebkraft des Wassers zu vermehren, eine Vorrichtung, die dazu bestimmt ist, anstossendes Land zu bewässern (1847. 4. 422). — Der Rheder haftet für die Verletzungen, die der Kapitän der Schiffsmannschaft zufügt (1864. 2. 190.) — Arbeiter sind auf einem Gerüste beschäftigt, eine Dachrinne anzubringen; einer davon verliert das Gleichgewicht, will sich am andern halten und stürzt dadurch diesen auf die Strasse hinunter (1877. 2. 203). — Ein Fahrknecht sitzt, während er den Oktroi-Einnehmer passirt, gegen das Reglement auf dem Wagen, und als der Einnehmer ihn auffordert, abzusteigen, gehorcht er nicht, worauf es zu Thätlichkeiten kommt; sein Herr haftet für die Folgen der Schläge[5]) (1845. 2. 58). — Ein ausziehender Miether gibt dem Hauswart seine neue Adresse; dieser aber theilt sie doloser Weise den Personen, die jenem nachfragen, nicht mit; der Hauseigenthümer, der den Hauswart bestellt hat, haftet für die Folgen (1857. 3. 51). — Die eklatanteste Ausdehnung dieser Haftung, demnach des Begriffs der «fonctions» enthält folgender Fall: Ein Eisenbahnangestellter auf einer Zollstätte nimmt bei Ankunft des Bahnzuges Pakete Tabak von Reisenden ab, birgt sie vorläufig in

[5]) Interessant ist das betreffende Urtheil noch dadurch, dass es den Herrn eines andern Knechtes, der mit einem Wagen vorher fuhr und bei Ausbruch der Thätlichkeiten aus kameradschaftlichen Motiven (pour porter secours à son camerade) herbeieilte und den Einnehmer prügeln half, als nicht verantwortlich erklärte. Welches ist wohl das Kriterium dieser Unterscheidung?



einem ihm für seine dienstlichen Funktionen eingeräumten Gemache; wie er sie aus dem Bahnhofe bringen will, wird er entdeckt, und zwar in einem Theile des Bahnhofs, der dem Publikum verboten, ihm nur in der Eigenschaft eines Angestellten offen war. Wenn das Urtheil zu seiner Motivirung sagt: «ohne seine Funktionen, die ihm den Eintritt in den betreffenden Theil des Bahnhofs gestatteten, hätte er nicht bei Ankunft des Zuges den Reisenden den Tabak abnehmen können; ebenso war der Raum, in dem er diesen bis zum günstigen Augenblicke verbarg, ihm nur als Angestellten offen», so heisst das einfach: dadurch, dass der Defraudant bei seinem Vergehen dieselben Wege geht und dieselben Räume benützt, wie bei seinen dienstlichen Verrichtungen, begeht er das Delikt in Ausführung seiner aufgetragenen Arbeit! (1873. 2. 157.) — In diese Klasse möchten wir überhaupt stellen die Zoll- und Ohmgeld-Defraudationen, auch wenn sie dem Dienste nicht *so* ferne stehen, wie in obigem Fall; ebenso Nachdruck, Contrefaçon, Missbrauch der Firma, die im heutigen Verkehrsleben zahllosen Uebertretungen von Polizeivorschriften (Bau- und Gesundheitspolizei), von Betriebsreglementen der Post, öffentlicher und privater Transportanstalten; der Grund ergibt sich aus Folgendem:

Den Unterschied zwischen den beiden Gruppen B denken wir uns ungefähr so: Von den Fällen unter B a zeigen einige die Erscheinung, dass eine culpa (im engern Sinne) zu einer an sich erlaubten Handlung hinzutritt und diese modifizirt; dies illustrirt recht deutlich der Fall mit dem Beamten. Dieser beginnt mit einer durchaus erlaubten Handlung, dem Ergreifen der geschmuggelten Waare; er vertheidigt diese gegen die Gefahr der Wegnahme anfangs ebenfalls in erlaubter Weise, bis die Ueberschreitung des nothwendigen und daher erlaubten Masses der Abwehr die Handlung zu einer unerlaubten macht. Bei den meisten Fällen unter a) lässt sich derart eine anfänglich erlaubte Handlung nachweisen, zu der die culpa erst sekundär hinzutritt. In andern unter a) genannten Fällen, wo

im Gegensatz zu dieser nachträglich hinzutretenden culpa (im engern Sinn) ein anfänglicher dolus vorliegt, ist die Handlung eine geschäftsmässige insofern, als sich der dolus wegdenken lässt und die Handlung dann eine erlaubte ist. Als Beispiel für letztere Art ist anzuführen der Fall, wo der Gehülfe eines Spediteurs Frachtbriefe mit gefälschtem Stempel braucht. Denken wir uns den *gefälschten* Stempel weg, so hat die Handlung immer noch ihre Bedeutung und ist eben ein geschäftsmässiger Akt, nämlich der Gebrauch des Frachtbriefes.

Anders bei Gruppe b). Entweder ist die Handlung durchaus nicht geschäftsmässig in einem auch nur annähernd richtigen Sinn des Wortes, so das unvorsichtige Rauchen, das Gehen über ein fremdes Grundstück, um zum Arbeitsplatz zu gelangen, das Prügeln des Ohmgeldeinnehmers, das Fangen der Mäuse u. s. w. Oder aber die Handlung ist eine derartig dolose, dass sie gar nichts mehr ist, wenn man den dolus sich wegdenkt. Oder was bleibt übrig, wenn man bei der Zolldefraudation von demselben absieht? Sie ist nicht die Modifikation einer andern Handlung durch hinzutretenden dolus; dieser schafft die Handlung überhaupt als etwas Besonderes, er ist sozusagen primär. Wenn man aber vom Grundsatz ausgeht, dass der Prinzipal für Schaden haftet, den der Angestellte in Verrichtung seiner *Dienste* bewirkt, so muss man eben immer eine solche Dienstverrichtung fordern; denn Dienstverrichtung ist nur das, was der Herr will, dass der Angestellte thue, oder was er gewollt hätte, wenn er es vorher gewusst hätte; diese Dienstverrichtung mag dann freilich durch culpa oder dolus eine unerlaubte werden; der Herr muss sich diese Verwandlung, Fortentwicklung der erlaubten in die unerlaubte Handlung gefallen lassen; aber die Folgen einer Handlung, die in keinem Momente Dienstverrichtung ist, muss er nicht tragen. — Wollte man aber sagen: Zolldefraudationen u. dgl. werden ja in Ausübung von Dienstverrichtungen, z. B. Ein- und Verkäufen, begangen, so ist zu entgegnen, dass ein

innerer Zusammenhang zwischen einem Kauf und einer Zolldefraudation fast so wenig besteht, als, wenn Eisenbahnarbeiter zum Zeitvertreib Mäuse fangen, dies auf ihre Arbeit Bezug hat. — Endlich weisen wir auch die Einrede zurück, eine Zolldefraudation dürfe geschäftsmässig genannt werden, weil sie in Handelskreisen sehr häufig sei und vielleicht eine Vermuthung dafür spreche, dass der Herr selbst sie begangen hätte. Etwelche Bedeutung dieses letztern Argumentes ist nicht zu leugnen, und wenn soeben Dienstverrichtung das genannt wurde, was der Herr will, resp. gewollt hätte, so kann eine Zolldefraudation gewissermassen Dienstverrichtung werden; aber die Präsumtion spricht dagegen, und der Beweis wäre dem Kläger aufzulegen; es ändert dies nichts an der Behauptung, dass eine Zolldefraudation u. dergl. grundsätzlich keine Dienstverrichtung sei.

Damit glauben wir ein Bild der Auffassung des Art, 1384 durch die französische Rechtsprechung entworfen zu haben; da diese hier nicht Zweck ist, sondern später zu verwerthendes Mittel, so wenden wir uns ohne eine Kritik derselben unserer nächsten Aufgabe zu: der Darstellung der Phasen, welche unsere Frage in den Berathungen der Nürnberger-Konferenz durchgemacht hat.

§ 10.

Der Preuss. Entwurf enthielt folgende einschlägige Artikel:

Art. 42: Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen ein Faktor durch unerlaubte Handlungen in Ausführung eines Geschäftes, auf welches sich sein Auftrag erstreckt, einem Dritten zugefügt hat.

Art. 57: Für den Schaden, welchen ein Handlungsgehülfe einem Dritten durch unerlaubte Handlungen in Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen zufügt, ist der Prinzipal verantwortlich.

Art. 115: Die Gesellschaft haftet für den Schaden, welchen ein Gesellschafter in Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten zufügt.

In der ersten Lesung wurde zu Art. 42 von Seite des Referenten eine Erläuterung dahin abgegeben, dass derselbe, während alle Ansprüche aus Beschädigungen des Prokurainhabers, die er dem andern Kontrahenten bei Eingehung oder Erfüllung eines Vertrages zufüge, durch Art. 41[1] geregelt seien, nur diejenigen Beschädigungen im Auge habe, welche einem Dritten in Ausführung eines Geschäfts durch den Prokuraträger als *solchen* zugefügt werden, und zwar die absichtlichen und die fahrlässigen. — Einem Antrage, diese Frage dem Civilrecht zu überlassen, wurde entgegnet: man wolle eben mit dem Art. Rechtssätze für den Handelsverkehr aufstellen, die vom Civilrecht abwichen. Während nämlich nach Inhalt der meisten Civilgesestzbücher der Prinzipal für die in Art. 42 genannten durch den Bevollmächtigten verübten Beschädigungen nur dann hafte, wenn ihm ein Verschulden bei der Wahl zur Last falle, werde hier diese Haftung auch abgesehen von solchem Verschulden angeordnet. — Ferner war die Konferenz der Ansicht, dass der Prinzipal für die nur *bei Gelegenheit* der Ausführung eines Geschäfts verübten Beschädigungen nicht haften solle, beschloss aber, diesen Zusatz nicht ausdrücklich beizufügen, weil er dann vielleicht zu der Ansicht führen könnte, es habe das Gesetz sagen wollen, dass der Prinzipal unbedingt in allen andern Fällen von Beschädigung haften müsse, ausser in denjenigen, in welchen die Ausführung des Geschäfts mit der Beschädigung in keinem andern Zusammenhang stehe, als dass sie nur die Gelegenheit dazu geboten habe; durch den Art. 42 sollte vielmehr die Frage offen gelassen werden, ob die Haftung des Prinzipals bloss in den Fällen eintrete, in welchen die beschädigende Handlung in den Bereich des auftragsgemässen Geschäftskreises des Bevollmächtigten fällt oder auch in denjenigen, in welchen dieser eine Handlung vornimmt, welche zwar mit seinen Geschäften zusammenhängt, aber doch nicht

---

[1]) Entspricht dem jetzigen Art. 52.

eigentlich zu seinen Verrichtungen gehört[2]) — Der Art. lautet als Art. 52 erster Lesung folgendermassen: «Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte einem Dritten durch sein Verschulden in Ausführung eines Geschäfts zufügt, auf welches sich der Auftrag erstreckt.»

Betr. Art. 57 erfolgte schon in erster Lesung Streichung aus verschiedenen Motiven. Einige waren zwar der Ansicht, dass seine Bestimmung angemessen sei, dass aber ein Bedürfniss zur Beibehaltung nicht bestehe, weil die in diesem Art. berührten Personen unter Art. 42 fielen. Von andrer Seite wurde darauf aufmerksam gemacht, dass Art. 42 keineswegs mit der Bestimmung des Art. 57 identisch sei, weil kraft Art. 42 und 50 der Prinzipal nur für die Beschädigungen derjenigen Handlungsgehülfen haftbar sei, welche und soweit sie nach Art. 50 als Handlungsbevollmächtigte erscheinen, also soweit sie auftragsgemäss Rechtsgeschäfte vornehmen und dabei Dritte beschädigen, während durch ihn die Frage offen gelassen werde, ob der Prinzipal auch für den Schaden verhaftet sei, welcher aus Geschäften herstamme, die mit dem erhaltenen Auftrage nicht wesentlich zusammenhingen oder doch nicht zu dem Gesichtskreise des Prokuristen oder Bevollmächtigten gehörten, dass aber Art. 57, ganz abgesehen von einzugehenden Rechtsgeschäften, den Prinzipal auch für den aus blossen, auftragsgemässen Verrichtungen entspringenden Schaden verantwortlich machen solle.

In grundsätzlicher Beziehung wurde geltend gemacht: der Kaufmann müsse dafür haften, dass nicht durch die Verrichtungen seines Personals Beschädigungen des Publikums entständen; so z. B. wenn die in eine kaufmännisch betriebene Färberei gebrachten Stoffe durch schädliche Ingredienzen verdorben würden.

Andere Mitglieder (Hamburg) wendeten ein, dass für Fälle der angegebenen Art, wo der Prinzipal die custodia

[2]) Protok. S. 84—86.

übernommen habe, schon die Grundsätze des bürgerlichen Rechts ausreichend seien; es gehe doch allzuweit, wenn der Kaufmann für allen aus den Verrichtungen seines Personals entspringenden Schaden haftbar gemacht werde, wenn man von ihm eine grössere Sorgfalt bei Auswahl eines kaum der Schule entwachsenen Lehrlings als bei der eines Prokuristen verlange. — Es wurde Streichung mit 11 gegen 4 Stimmen beschlossen[3]). —Art. 125 des preuss. Entw. wurde dagegen unverändert Art. 116 des Entw. erster, 117 dritter Lesung.

Bei der dritten Lesung lagen Streichungsanträge verschiedener Staaten vor: die Bestimmung des Art. 53 zweiter Lesung sei aus dem französischen Recht übertragen; hier gelte aber der Satz auch für's bürgerliche Recht und sei, wenn auch noch strenger als Art. 53, doch auch bestimmter und deutlicher. Der Art. würde die in Deutschland geltenden Civilrechte durchbrechen; es fehle an allen Zweckmässigkeitsgründen dafür, einen solchen Ausnahmesatz für das Handelsrecht allein zu statuiren und denselben noch dazu auf Verschuldungen des Prokuristen und Handelsbevollmächtigten zu beschränken, obschon er gerade rücksichtlich der Handlungsgehülfen weit mehr praktisch erheblich sein würde, weil es sich nicht um Verschuldungen bei Kontraktsabschlüssen, für welche der Prinzipal schon aus andern Gründen einstehen müsse, sondern um Schaden durch faktische Verrichtungen handle; die Entscheidung der Frage, ob das Verschulden in Ausübung des Geschäfts verübt worden sei, oder ob das Geschäft nur die Gelegenheit geboten habe, sei in den meisten Fällen schwierig. Nur der bis jetzt nur für Frachtgeschäfte angenommene Satz scheine sich für das Handelsrecht zu empfehlen, dass nämlich, wer eine Obligation zu erfüllen habe, bei deren Nichterfüllung sich nicht darauf berufen könne, dass er sich bei der Erfüllung seiner Leute bedient habe.

Andrerseits aber wurde behauptet: in Bezug auf den Gegenstand des Art. 53 bestehe im gemeinen Recht eine

---

[3]) Protok. S. 99, 100.

Lücke, die mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Lebens der neuern Zeit einer Ausfüllung bedürfe; diese Lücke mache sich insbesondere auf dem Gebiete des Handels fühlbar, weil der Verkehr zwischen den Kaufleuten regelmässig mittelst der von ihnen angestellten Leute stattfinde; die Fassung des Art. sei enge gehalten, eine bestimmtere Fassung sei weder möglich noch nöthig; für die Anwendung bleibe dem richterlichen Ermessen ein ungefährlicher Spielraum. — Schliesslich wurde der Art. mit 8 gegen 6 Stimmen gestrichen[4]).

§ 11.

Zunächst entsteht nun die Frage: ging die ursprüngliche Absicht der Konferenz, eine strengere Haftung einzuführen, auf eine solche von demselben Umfange wie die französisch-rechtliche? Wir glauben nein; der Wortlaut der betr. Art. erster Lesung duldet zwar dieselbe weite Auslegung wie Art. 1384; allein die Intentionen der Kommission gingen nicht so weit, wie sich aus folgenden Aeusserungen ergibt: Art. 42 habe diejenigen Beschädigungen im Auge, welche einem Dritten in Ausführung eines Geschäfts durch den Prokuraträger als solchen absichtlich zugefügt würden[1]). — Der Prinzipal hafte nicht für die nur bei Gelegenheit der Ausführung eines Geschäfts verübten Beschädigungen[2]). — Durch den Art. 42 soll die Frage offen gelassen werden, ob die Haftung des Prinzipals bloss in den Fällen eintrete, in welchen die beschädigende Handlung in den Bereich des auftragsgemässen Geschäftskreises des Bevollmächtigten fällt, oder auch in denjenigen, in welchen dieser eine Handlung vornimmt, welche zwar mit seinen Geschäften zusammenhängt, aber doch nicht

---

[4]) Protok. S. 4518, 4519.

[1]) Protok. S. 84.

[2]) Eod. S. 85.

eigentlich zu seinen Verrichtungen gehört[3]). — Kraft Art. 42 würden die Handlungsgehülfen, wenn man sie darunter subsumirte, den Prinzipal nur für diejenigen Beschädigungen verpflichten, die sie bei der Vornahme auftragsgemässer Rechtsgeschäfte begingen[4]). — Besonders deutlich spricht in dieser Beziehung die sofortige Streichung des Art. 57 des preuss. Entwurf, der, ganz abgesehên von einzugehenden Rechtsgeschäften, den Prinzipal auch für den aus blossen, *auftragsgemässen* Verrichtungen entspringenden Schaden verantwortlich machen sollte[5])

Daraus geht einmal hervor, dass die Fälle unter B b zum Vorneherein ausgeschlossen wurden, indem Art. 57 *auftragsgemässe Verrichtungen* im Auge hat, während die französische Grenzbestimmung «dommage causé *dans les fonctions etc.*“ weiter geht und diese Fälle B b umfassen *kann.*

Sodann wurde schon in erster Lesung die Haftung in den Fällen B a beseitigt; durch Streichung von Art. 57 ist demnach jede Haftung in denselben auch für das Handelsrecht zu leugnen und zwar sowohl für die offene Handelsgesellschaft wie für einen einzelnen Prinzipal[6]). Speziell gilt dies auch von den Zolldefraudationen[7]).

---

[3]) Eod. S. 86. — Nachdem aber Art. 57 gestrichen war, war diese Frage für Art. 42 nicht mehr offen, sondern in negativem Sinne entschieden.

[4]) Eod. S. 99.

[5]) Eod. S. 100.

[6]) Anders *Brinkmann,* Hdlsr. § 38, VII. — *Endemann,* Hdlsr. S. 151. — *O. Hahn,* Komm. S. 91. — *Anschütz,* Komm. S. 410. — *Völderndorff,* «Haftung der Handelsgesellschaften f. Delikte» in Busch's Arch. f. Handelsr., Bd. 37, S. 121—131 (ein höchst unklarer Aufsatz), und andere mehr.

[7]) Eine Haftung des Prinzipals für letztere sprechen aus: Pr. L. R., §§ 515 bis 519, II, 8, § 650. — Würtemb. Entw. z. H.G.B., Art. 73, Art. 197. — Spanisches H.G.B., Art. 183. — Preuss. Ges. v. 23. Jan. 1838 (§§ 19, 20). Ges.-Sammlung S. 78. Diese singulären Bestimmungen gehen u. E. zu weit und sind daher nicht nachzuahmen.

Die Haftung in den Fällen A a) und b) dagegen wurde aufrecht erhalten bis zur dritten Lesung; allein in Folge der Monita von 3 Staaten wurde auch sie — wie oben dargestellt — fallengelassen durch Streichung von Art 53 und 117 des Entwurfs zweiter Lesung, und zwar aus keinem andern Grunde, als weil man das darin ausgesprochene Prinzip nicht wollte. Man wusste — einzelne Aeusserungen abgerechnet — wie weit das gemeine Recht hierin gehe, und hat man nichts anderes bestimmt, so bleibt es eben bei diesem, und *es sind deshalb alle Meinungen als unrichtig abzuweisen, die dahin gehen, auf dem Gebiete des deutschen Handelsrechts eine über das Civilrecht hinausgehende strengere Haftung des Prinzipals für Delikte der Angestellten irgend welcher Art anzunehmen*, mag man noch so sehr die «verschiedenen Verhältnisse» betonen und daraus die Wünschbarkeit verschiedener rechtlicher Behandlung deduziren.

Insbesondere darf man auch nicht — wie dies vorzüglich der Kommentar von Anschütz und Völderndorff (a. a. O.) thut — durch eine vom Civilrecht abweichende Vertheilung der Beweislast eine solche Haftung einführen wollen. Nach der Ansicht desselben haftet der Prinzipal, wenn ein Dritter nicht durch ungeschickte Besorgung eines *ihn* betreffenden Dienstes in Geschäftsangelegenheiten, sondern durch ungehörige Dienstleistung überhaupt beschädigt ist, für Auswahl und Beaufsichtigung, und zwar so, dass *er* seine *Schuldlosigkeit beweisen müsse*, weil die faktisch vorliegende Ungehörigkeit und Ungeschicklichkeit gegen ihn spreche. Dem gegenüber ist zu betonen, dass nur dann, wenn es sich um Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten handelt, die vorliegende culpa des Angestellten eine Präsumtion für die culpa des Prinzipals bewirkt, dass aber dieser den Entschuldigungsbeweis hat, dass eine culpa in elig. s. custod. seinerseits nicht vorliege.

Leugnen wir eine Haftung der Gesellschaft quasi ex delicto, so müssen wir doch auch auf folgende Modifikationen aufmerksam machen:

1. Nach Art. 117 wird die Gesellschaft vor Gericht von jedem Gesellschafter gültig vertreten, welcher von der Befugniss, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist. — Der Gesellschafter ist Mandatar, gewillkürter Stellvertreter, er braucht im Prozess keine Vollmacht. — Es dürfte daher die Bestimmung des D(44,4) gelten: Si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est, tunc de omni dolo eius excipi posse Neratius scribit. — Als eine Spezialität ist endlich noch zu erwähnen die Bestimmung, dass die unter Kollusion ihres procurator benachtheiligte Prozesspartei gegen den Prozessgegner, also event. die ganze Gesellschaft, die a°. doli hat, sofern der procurator insolvent ist. l. 7, § 9 D(4,3).

2. L. 52, § 18 D(17,2), Ulpianus sagt: tractatur an socius omnium bonorum, si quid ob injuriarum actionem damnatus præstiterit, ex communi consequatur, ut præstet? Et Aticilinus, Sabinus, Cassius responderunt, *si injuria judicis damnatus sit, consecuturum:* si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere. Cui congruit, quod Servius respondisse Aufidius refert: si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad judicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi: si vero præsens injuriam judicis passus sit, de communi sarciendum. — Der Gedanke, auf Grund dessen wir diese Entscheidung auch für das Verhältniss der offenen Handelsgesellschaft verwerthen, ist der, dass ein Gesellschafter denjenigen Schaden, den er in Verfolgung von Gesellschaftszwecken erleidet, der Gesellschaft anrechnen dürfe.

3. Dasselbe gilt auch von dem Falle, wo ein Gesellschafter im Auslande wegen einer Handlung, die er in unbestrittenem Gesellschaftsinteresse vorgenommen hat, und die nach dortigem Recht als Delikt bestraft wird, nach dem inländischen aber strafbar ist, verurtheilt wird. — Der Fall ist gewiss praktisch. Das französ. Recht z. B. verbietet eine Reihe von Handlungen als concurrence déloyale,

die nach gem. Recht straflos sind, so die Anwendung von Enveloppen und Prospekten, welche in Farbe und Verzierung denjenigen ähnlich sind, die bereits von einem andern Fabrikanten der gleichen Waare gebraucht werden; die öffentliche Anzeige, dass man die gleiche Waare gleicher Qualität billiger liefere als ein Konkurrent [8]). — Besonders praktisch kann dieser Gesichtspunkt in Kriegszeiten werden, wo kriegführende Länder allerlei Vorsichtsmassregeln, Blokaden, Ein- oder Ausfuhrverbote u. drgl. erlassen. — Endlich findet diese Ausnahme auch Anwendung auf die Fälle, wo eine offene Handelsgesellschaft im Auslande Depots, Filialen hat, die von Gesellschaftern geleitet werden.

Anhangsweise ist noch der Versuch zu berühren, den Endemann [9]) macht, um eine ausserordentliche Haftung für Verletzung von «Finanzgesetzen (Zollvergehen) und mancherlei Polizeiverordnungen» zu statuiren, «die man doch nach innern Gründen nicht mit Delikten im strengsten strafrechtlichen Sinn gleichstellen könne; in Folge der modernen Polizei- und Finanzwirthschaft gebe es eine Menge von Dingen, die formell unerlaubt erscheinen, aus denen das Rechtsbewusstsein keine Unerlaubtheit herausfühle». Wahrscheinlich ist dies ein Anklang an einen Streit der französischen Jurisprudenz über die Natur der Zoll- und ähnlicher Vergehen. Von der einen Seite nennt man die Verletzung der Zollgesetze eine réparation civile dont le principe n'est pas un fait délictueux, eine Entschädigung für dem Staat und der einheimischen Industrie verursachten Schaden (Dall. P. 1870. 1. 30), eine Mafsregel «à assurer la prépondérance du commerce et des manufactures nationales sur le commerce et les manufactures de l'étranger» u. s. w. Dabei stützt man sich darauf, dass die Busse sich

---

[8]) Diese und andere Fälle mitgetheilt in Goldschm. Zeitschr., Bd. XX, S. 260 ff.

[9]) Handelsrecht S. 151.

auch auf diejenigen Personen erstrecke, die civilrechtlich für andere verantwortlich seien (art. 1384), dass gegen verschiedene Urheber einer solchen Verletzung nur *eine* Strafe verhängt werde. — Andrerseits wird für den Charakter dieser Folgen als öffentlich-rechtlicher Strafen angeführt, dass die Klage mit dem Tode des Zuwiderhandelnden erlösche, dass die Verfolgung einer Ehefrau wegen Zollgesetzverletzungen nicht der eheherrlichen oder richterlichen Autorisation unterworfen sei u. s. w.[10]). — Es ist nicht einzusehen, wie in ersterm Sinne die Strafe als «Entschädigung für dem Staat und der nationalen Industrie verursachten Schaden» zu denken ist, ohne anzunehmen, dass der Grund derselben Delikt sei; ein Vertrag oder vertragsähnliches Rechtsgeschäft kann dieser nicht sein; also bleibt nichts übrig als Delikt oder Quasidelikt. Gegen diese Konstruktion spricht aber besonders die Erwägung, dass in diesem Falle der Beweis eines Schadens verlangt werden müsste. Daran denkt aber Niemand und wohl mit Recht. — Dies ist unsers Wissens der einzige ausgeführte Versuch, diese Zolldefraudationen in Gegensatz zu gewöhnlichen Delikten zu setzen; wie er, dürften alle andern scheitern, denn nach wesentlich-juristischen Gesichtspunkten unterscheiden sich jene in der That nicht von diesen.

Der *Entwurf des schweizerischen Obligationenrechts* weicht in dieser Beziehung vom deutschen Recht ab. Art. 69 des Entwurfes (von 1879) sagt:

«Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Arbeiter oder Angestellten in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um eine solche Schädigung zu verhüten. — Diese Verantwortlichkeit trifft auch juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben.»

---

[10]) Dall., Per. 1868. 2. 99.

Auch hier ist so wenig als in Art. 123 die offene Handelsgesellschaft genannt, oder der Artikel so gefasst, dass die Bestimmung auch unmittelbar auf sie bezogen werden könnte. Doch darf er unbedenklich in einem auch die Kollektivgesellschaft umfassenden Sinn interpretirt werden, insbesondere mit Rücksicht auf den Zusatz betreffend der juristischen Personen. Denn wie sollte sich die Spur eines Grundes dafür denken lassen, dass der Artikel für die Aktiengesellschaft, für eine Gemeinde gelte, die »Geschäftsherr« wird, nicht aber für unsere Gesellschaft? Und in positiver Beziehung ist zu bemerken, dass, wenn auch der Gesellschafter mit Rücksicht auf den einzelnen oder mehrere Mitgesellschafter *nicht* Arbeiter oder Angestellter ist, er dieses doch ist, wenn wir die Gesellschaft im wirthschaftlichen Sinne als eine Einheit betrachten. Freilich ergeben sich hier dieselben Schwierigkeiten, die oben bei der culpa in eligendo s. custodiendo erwähnt wurden. Wie aus dieser, so kann auch aus Art. 69 die Gesellschaft selbst höchst selten belangt werden; ja sie kann sich auch dieser Haftung entziehen dadurch, dass ein Gesellschafter dem Betriebe ganz ferne bleibt. — Damit ist aber der Intention des Gesetzgebers nicht gedient, die offenbar dahin geht, hier entschieden und nicht nur in unbedeutendem Masse eine Haftung der *Gesellschaft* zu statuiren. Dafür spricht besonders deutlich die schon hervorgehobene Thatsache, dass Art. 96 des Entwurfs von 1875 *Gesellschaften* und juristische Personen ganz nach dem französischen Prinzip haften lassen wollte. Diese Haftung kam zwar nachgerade als zu streng vor, aber jedenfalls nur bezüglich ihrer Intensität: die unbedingte Haftung sollte umgewandelt werden in eine durch culpa bedingte; in allen den Fällen, in denen nach Art. 96 des frühern Entwurfes Haftung eingetreten wäre, sollte immer noch Haftung eintreten — wenn culpa vorliegt; aber culpa der Gesellschaft ist eben beinahe unmöglich. Zwar ist vorab sicher, dass bei Bestimmung dieser culpa die nicht Geschäftsführenden oder sonst im Geschäfte thätigen Gesellschafter unberücksichtigt bleiben müssen. Soll aber Art. 69

auch trotzdem nicht illusorisch sein, so muss der Satz durchgeführt werden, dass wenn auch nur *ein* Gesellschafter neben dem delinquirenden in culpa sei, die Gesellschaft hafte; denn ob nur einer sich einer zu geringen Sorgfalt schuldig mache oder mehrere: der eine hat gerade so viele Mittel, ein zu begehendes Delikt zu verhindern, als alle zusammen.

Das Resultat des Art. 69 und des oben behandelten Art. 123 ist also, wie es die Botschaft des Bundesrathes (S. 30) nennt, ein Mittelweg zwischen der gemeinrechtlichen Theorie und dem Prinzip des französischen Rechts. Setzt Art. 123 an die Stelle der gemeinrechtlichen præsumtio juris eine praesumtio juris et de jure, so statuirt Art. 69 eine præsumtio juris, (wo das französische Recht ebenfalls eine præsumtio juris et de jure festsetzt, wo das gemeine Recht aber keine hat).

Schliesslich noch die Frage, ob dem Art. 69 bezüglich des Umfanges dieselbe Ausdehnung zu geben sei, wie sie die französische Rechtspraxis dem Art. 1384 gibt. Wir glauben, dass diese selbst zu weit geht und dass es daher unmöglich Absicht des schweizerischen Gesetzgebers sein kann, in Fällen der Grnppe Bb den Art. 123 anzuwenden. Und wäre die Ausdehnung auf die letztern nach französischem Recht auch gerechtfertigt, so wäre sie es doch nicht für das schweizerische; denn dieses drückt sich bestimmter aus als das erstere: *S»chaden in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen»* — «dommage causé *dans les fonctions* auxquelles il était préposé.» Art. 123 verlangt also «*geschäftliche* Verrichtungen», so wie es oben für Gruppe Ba verlangt wurde, nicht aber Art. 1384, der sich jedenfalls mit einem weniger engen Zusammenhang des Delikts mit den Dienstverrichtungen begnügt.

Zum Schluss möchten wir auf folgenden Fall aufmerksam machen. Wenn alle Gesellschafter in ihrem Geschäftsbetriebe mit einander delinquiren, z. B. dolos oder kulpos eine im H.-G.-B. Art. 89. 129. 135 vorgeschriebene Handlung, die eine Ordnungsstrafe nach sich zieht, unterlassen, oder wenn einer delinquirt, und die andern den unerlaubter Weise gemachten

Gewinn acceptiren, oder wissen, dass ihr Kollege im Begriffe ist, innerhalb des Kreises seiner geschäftsmässigen Verrichtungen ein Delikt zu begehen, so haften wohl alle solidarisch, aber die Gesellschaft als solche haftet nicht. Dieser Unterschied ist in doppelter Beziehung praktisch, indem einerseits die Schuld aus dem einheitlichen Vermögen der Gesellschaft leichter beigetrieben wird, als aus dem Vermögen eines Einzelnen — und andrerseits jeder neu eintretende Gesellschafter für die Gesellschafter als correus mithaftet und zwar (Dritten gegenüber) trotz gegenüberstehenden Vertrags. — Das Bedürfniss der Haftung der Gesellschaft in diesem Falle befriedigt nunmehr der Art. 123 des Entwurfes; denn offenbar fallen die gemeinsamen Delikte aller Gesellschafter so gut unter denselben wie die eines Einzelnen.

* * *

Wir haben in Vorstehendem versucht, eine möglichst erschöpfende Darstellung derjenigen Grundsätze zu geben, die für unsere Frage entscheidend sind. Vieles ist schon oft gesagt, anderes unsers Wissens nicht. Wir schliessen mit der Annahme, im einen oder andern Punkte einige Anregung gegeben zu haben, und mit der Ueberzeugung, dass die Bestimmungen des Entwurfes zum schweiz. Obligationenrecht, die wir in Betracht gezogen haben, kein Rückschritt, auch kein Sprung, sondern überlegte Fortentwicklung sind, dass sie aber ebenso sehr einer massvollen und gleichmässigen Anwendung bedürfen, wenn sie zum vollen Werthe gelangen sollen.



